VERZAMELING VAN ARRESTEN.

BURGERLIJK RECHT, RECHT VAN KOOPHANDEL EN BURGERLIJKE RECHTSVORDERING.

VERZAMELING VAN ARRESTEN.

BURGERLIJK RECHT, RECHT VAN KOOPHANDEL EN BURGERLIJKE RECHTSVORDERING.

VAN DEN HONERT'S

VERZAMELING VAN ARRESTEN

VAN DEN

HOOGEN RAAD DER NEDERLANDEN,

VOORTGEZET DOOR

MR. C. C. E. D'ENGELBRONNER,

Advocaat bij den Hoogen Raad der Nederlanden, enz.

BURGERLIJK RECHT, RECHT VAN KOOPHANDEL EN BURGERLIJKE RECHTSVORDERING.

EEN-EN-ZESTIGSTE DEEL.

'S GRAVENHAGE,
H. L. SMITS.

1896.

CHRONOLOGISCHE AANWIJZING

DER

ARRESTEN,

MEDEGEDEELD EN VERMELD IN DE

AFDEELING

BURGERLIJK RECHT, RECHT VAN KOOPHANDEL EN BURGERLIJKE RECHTSVORDERING.

Deel LXI (1895).

AANWIJZING DER VRAAGPUNTEN

BEHANDELD BIJ DE

ARRESTEN,

MEDEGEDEELD EN VERMELD IN DE

AFDEELING

BURGERLIJK RECHT, RECHT VAN KOOPHANDEL EN BURGERLIJKE RECHTSVORDERING.

IN VERBAND MET DE WETSBEPALINGEN, TOT DEZE BETREKKING HEBBENDE.

1895.

STAATSREGELING VAN 1 MEI 1798 IN VERBAND MET DE WET VAN 13 LOUWMAAND 1808.

A. 53. Waren de gilden, welk rechtskarakter zij overigens droegen, in elk geval met rechtspersoonlijkheid omkleede vereenigingen, vatbaar om, evenals natuurlijke personen, een vermogen te bezitten, welke vatbaarheid slechts zoolang stand hield als het geldende recht die rechtspersoonlijkheid erkende? — Ja.

Zijn de oude door a. 53 der Staatsregeling van 1798 afgeschafte gilden blijven *voortbestaan* als vereenigingen van werklieden tot bepaalde doeleinden? — Ja.

Is ten aanzien der Amsterdamsche gilden en bepaaldelijk ten aanzien van het voormalig Koornmeters- en Zettersgild uitvoering gegeven aan a. 53 der Staatsregeling van 1798 in de ter uitvoering daarvan van het Uitvoerend Bewind uitgegane publicatie van 5 October van dat jaar? — Ja.

Is voormeld gild daarna *de facto* blijven voortbestaan? — Neen.

Had de wet van Louwmaand 1808 tot hoofddoel de wettiging van het onder medewerking der plaatselijke besturen vestigen van *nieuwe* ambachtsvereenigingen? — Ja.

Gold, aangenomen zelfs, dat zij daarnevens de erkenning van oude gilden bevatte, die erkenning nog slechts gilden, welke aan de toepassing der verordening van 1798 waren ontsnapt? — Ja.

Arrest van 27 December 1895, n° 3504, . blz. 330.

WET VAN 31 LOUWMAAND 1810.

Heeft de wet van 31 Louwmaand 1810 alleen ten doel gehad om waar dijkplicht bestond, de nakoming van dien plicht te regelen? — JA.

Volgt uit a. 18 dier wet dat, waar Gouda dijkplichtig was vóór de wet en zulks onafhankelijk van landbezit, en die wet in Schieland tot uitvoering is gekomen, onder de heerschappij dier wet de praestatie van dien onderhoudsplicht *in natura* is blijven voortduren? — JA.

Arrest van 8 Maart 1895, n° 3465, ... blz. 91.

SOUVEREIN BESLUIT VAN 26 MAART 1814, *St.* n° 46, in verband met het Kon. Besluit van 8 Februari 1815, *St* n° 11.

Wordt door de aangehaalde besluiten als voorwaarde van herstel in de daarin bedoelde heerlijke jachtrechten, gesteld wettige possessie van het heerlijk jachtrecht in 1794? — JA.

Stuit het voorgestelde *middel* van cassatie af op 's rechters beslissing, zijnde niets anders dan de historische slotsom van zijne bevinding omtrent den aard van zeker jachtrecht? — JA.

Onderbreekt daar, waar een aan verjaring blootstaand ondeelbaar en onverdeeld jachtrecht blijvend is uitgeoefend op een deel van het daaraan onderworpen, niet in vaste en voortdurende verdeeling gebrachte gebied, de uitoefening der verjaring van het recht op de geheele jacht? — JA.

Arrest van 18 Januari 1895, n° 3459, . . . blz. 13.

SOUVEREINE BESLUITEN VAN 26 OCTOBER 1814, *St.* n° 46 en 8 FEBRUARI 1815, *St.* n° 11.

Is de kennelijke bedoeling dezer besluiten de bij de wet afgeschafte heerlijke jachtrechten te herstellen ten behoeve van hen, die, zooals de considerans van het Besluit van 1814 het uitdrukt „benadeelde eigenaren waren". — JA.

Is daardoor derhalve niet hersteld het heerlijk jachtrecht van hen, die sedert de afschaffing der heerlijke rechten bij overeenkomst daarvan vrijwillig afstand gedaan hadden? — JA.

Kan in cassatie worden onderzocht een vraag, die door partijen niet aan den rechter die de bestreden uitspraak heeft gewezen, is onderworpen? — NEEN.

Arrest van 9 Mei 1895, n° 3475, ... blz. 155.

KONINKLIJKE BESLUITEN VAN 26 JULI 1820 EN 18 MEI 1827, *St.* n° 25.

Reiken de aangehaalde Kon. Besl. voor zoover zij betrekking hebben op gildegoederen, niet verder dan de bestemming der inkomsten? — JA.

Kan de Staat, gelijk iedereen van wien iets geëischt wordt ten aanzien van een der Grootboeken van de Nationale Schuld, vorderen, dat hij die in persoon als rechthebbende opkomt, bewijze, dat hij is de persoon, voor wien hij zich uitgeeft, dat is in het onderwerpelijk geval het bewijs der identiteit der tegenwoordige vereeniging van Koornwegers met het oude gild van dien naam? — JA.

Arrest van 27 December 1895, n° 3504, . blz. 330.

RECHTERLIJKE ORGANISATIE.

A. 38. Is, waar door twee eischers de veroordeeling wordt gevorderd van den gedaagde tot betaling aan ieder hunner van een bedrag van f 110.37⁵, tot voldoening van een gesloten koop, de ktnr. krachtens a. 38, n° 1 R.-O. bevoegd tot kennisneming? — JA.

Wordt hierin verandering gebracht door de omstandigheid, dat de twee vorderingen zijn ontleend aan ééne oorzaak? — NEEN.

Arrest van 20 Juni 1895, n° 3484, ... blz. 199.

A. 41, 53 en 54. Is het vonnis eener rechtb. in zake eene vordering tot ontruiming van eene pachthoeve, die met het oog op de jaarlijksche huur, ingevolge het 2e lid van a. 41 R.-O. niet ter kennisneming van den ktnr. staat, appellabel, ook dan wanneer die huur minder dan f 400.— beloopt? — JA.

Wordt hierin verandering gebracht door de omstandigheid dat het geschil ten hoogste liep over één jaar huur? — NEEN.

Arrest van 9 Mei 1895, n° 3476, ... blz. 156.

A. 95. Wordt in cassatie door a. 411 R.-R. gederogeerd aan het voorschrift van het 2e lid van a. 161 van dat wetboek? — JA.

Staat ingevolge a. 95 R.-O. beroep in cassatie niet open tegen een in hooger beroep deels bevestigd, deels vernietigd vonnis, houdende deels interlocatoire-, deels eind-beslissingen? — JA.

Kunnen de *middelen* van cassatie, aangevoerd tegen het in hooger beroep gewezen arr., bij gemis van een behoorlijken feitelijken grondslag leiden tot cassatie? — NEEN.

Is in cassatie aantastbaar 's rechters oordeel omtrent eischers judicieele houding? — NEEN.

Arrest van 25 April 1895, n° 3471, ... blz. 132.

A. 95. Kan in cassatie worden onderzocht een vraag, die door partijen niet aan den rechter die de bestreden uitspraak heeft gewezen, is onderworpen? — NEEN.

ALGEMEENE BEPALINGEN VAN WETGEVING.

Art. 14. Kunnen in een geschil tusschen den Directeur eener maatschappij en een belanghebbende tot scheidslieden worden benoemd de commissarissen dier maatschappij, die geenerlei beheer hebben en op wier naam het geding niet wordt gevoerd? — JA.

Is wraking van scheidslieden een bloote bevoegdheid, waarbij geen belang van de openbare orde betrokken is? — JA.

A. 14. Is de opdracht van een beslissenden eed iets anders dan het aanwenden van een bewijsmiddel, waarbij een ieder die bevoegd is een geding te voeren, enkel uit dien hoofde gerechtigd is, zich zonder verdere formaliteiten te bedienen? — Ja.

Is de curator in een faillissement, die als zoodanig tegen een schuldenaar van den boedel procedeert, bevoegd aan dezen den beslissenden eed op te dragen, zonder dat hij de formaliteiten, bij a. 884 K. voorgeschreven, behoeft na te komen? — JA.

BURGERLIJK WETBOEK.

A. 9 en 417. Zijn de op het verzoek tot benoeming van een voogd gehoorde bloed- en aanverwanten ontvankelijk om in hooger beroep te komen tegen de daartoe betrekkelijke beschikking? — NEEN.

Vloeit uit de omstandigheid dat zij met de minderjarige, immers hare vertegenwoordigers belangen hadden te regelen, die het voor hen noodig deed zijn, dat de bevoegdheid dier vertegenwoordigers vaststond, voor hen hoogstens het recht voort om op grond van a. 417 B. W. de benoeming van een voogd te verzoeken? — JA.

A. 91 en 276. Is een vonnis van echtscheiding, zoolang de bij a. 276 B. W. bedoelde inschrijving nog niet heeft plaats gehad, op den burgerlijken staat der echtgenooten, wier huwelijk daarbij door echtscheiding is ontbonden verklaard, van invloed? — NEEN.

Moet de termijn in a. 91 bedoeld, gerekend worden te beginnen na den dag der inschrijving van het vonnis van echtscheiding in de registers van den burgerlijken stand? — Ja.

Beschikking van 28 Juni 1895, n° 3488, . blz. 222.

A. 164. Verbindt de vrouw die handelingen doet en verbintenissen aangaat die onder den regel van a. 164 B. W. vallen, den man? — Ja.

Kan de door haar afgelegde schriftelijke erkentenis, dat zij van den eischer tot het door dezen gevorderd bedrag, aan levensmiddelen en benoodigdheden ten behoeve van haar en haar gezin heeft ontvangen, tegen haren man worden ingeroepen en levert zij, bij gebreke van eenig tegenbewijs van den kant van den man, volledig bewijs op voor de vordering tot betaling van dat bedrag, zonder dat in bijzonderheden behoeft vast te staan, uit welke rechtshandelingen de verbintenissen der vrouw voortspruiten? — Ja.

Kan zoodanige vordering niet geacht worden te strekken tot nakoming van overeenkomsten zonder oorzaak? — Neen.

Arrest van 5 December 1895, n° 3500, . blz. 308.

Art. 176. Verbindt de in gemeenschap van goederen gehuwde vrouw, met toestemming van haren man openbare koopvrouw zijnde, dezen door hare handelingen mede? — Ja.

Zijn de goederen en schulden der gemeenschap in geval van faillissement, te beschouwen als baten en lasten van den faillieten boedel? Is mitsdien een gehomologeerd accoord ook bindend voor de schuldeischers van den man, en moeten deze genoegen nemen met uitbetaling der bij het accoord bepaalde procenten? — Ja.

Arrest van 28 November 1895, n° 3498, . blz. 297.

Art. 493 en 494. Is de rechter, wanneer hij, — wiens curateele is verzocht, ofschoon behoorlijk opgeroepen, — voor de rechtbank niet is verschenen en dus ook niet gehoord, bevoegd op het verhoor der bloed- en aanverwanten de curateele te verleenen, ook zonder nadere bewijslevering? — Ja.

Kan de rechter, ook bij ontkenning door den curandus van de door den verzoeker tot curateele gestelde feiten, zonder getuigenverhoor de curateele gelasten? — Ja.

Geldt dit evenzeer in hooger beroep als in eersten aanleg? — Ja.

Kan de omstandigheid dat de ondervraging van den curandus bij a. 493 B. W. voorgeschreven niet heeft plaats

gehad, leiden tot vernietiging *ambtshalve* van de uitspraak waarbij de curateele is verleend? — NEEN.

Beschikking van 28 Juni 1895, n° 3487,. blz. 215.

Art. 577, 581 en 713. Erkent onze wet een principieel verschil tusschen de zaken, die deel uitmaken van het publiek domein en andere? — JA.

Zijn de voorschriften van den vierden titel, Boek II van het B. W. op de zaken, die deel uitmaken van het publiek domein bepaaldelijk op de in a. 577 bedoelde wegen toepasselijk? — NEEN.

Arrest van 31 October 1895, n° 3492, . . blz. 251.

A. 719. Zijn reeds twee geburen te beschouwen als de „verscheiden” geburen bij a. 719 B. W. bedoeld? — JA.

Verklaart deze wetsbepaling voor het bestaan van den uitweg een gemeenschappelijk gebruik voldoende, zonder te onderscheiden aan wien de eigendom van den grond behoort? — JA.

Arrest van 14 November 1895, n° 3495, . blz. 278.

A. 1132, 1142, 1374 en volg. Kent de Nederlandsche wet inbreng door erfgenamen van schulden? — NEEN.

Arrest van 1 Februari 1895, n° 3462, . . . blz. 56.

A. 1274. Is a. 1274 B. W. geschonden door, met het oog op nimmer aanbieden van eenige betaling door gedaagde, ofschoon zijne judicieele houding erkentenis van schuld tot zeker bedrag medebracht, te beslissen, dat eene sommatie tot betaling van dit bedrag moet geacht worden begrepen te zijn in de sommatie tot betaling van iets meer? — NEEN.

Arrest van 24 Mei 1895, n° 3478,. . . . . blz. 166.

A. 1274, 1279, 1302, 1303, 1493, 1510 en 1516. Is 's rechters beslissing dat uit de tijdsbepaling zonder meer, zooals die in eene overeenkomst is opgenomen, niet kan worden afgeleid, dat het in de bedoeling van partijen heeft gelegen, om met die tijdsbepaling een fatalen termijn vast te stellen, in dien zin, dat na het verstrijken daarvan de *mora* van zelf zou intreden, te beschouwen als eene uitlegging der tusschenpartijen bestaande overeenkomst, die in cassatie behoort te worden geëerbiedigd? — JA.

Arrest van 24 October 1895, n° 3491, . . blz. 246.

A. 1289—1303 en a. 1304—1308. Mag de bekentenis van den gedaagde dat tusschen partijen was aangegaan

eene overeenkomst, worden gesplitst van de daarbij gevoegde bewering, dat dit is geschied onder een opschortende voorwaarde? — Neen.

Arrest van 20 Juni 1895, n° 3485, ... blz. 203.

A. 1302 en 1961. Kan eene overeenkomst gezegd worden tusschen partijen vast te staan, waar de eene heeft beweerd, dat zij zuiver, en de andere, dat zij onder voorwaarde is aangegaan? — Neen.

Kan in dat geval van de ontbinding der overeenkomst sprake zijn? — Neen.

Arrest van 20 Juni 1895, n° 3486, ... blz. 208.

A. 1349, 1354, 1356, 1374 en 1375. Zie het arrest van 1 Februari 1895, n° 3462, blz. 56.

A. 1401, 1402, 1403 en 1829. Is de partij die bij algemeene opdracht een deurwaarder met de executie van een vonnis heeft belast aansprakelijk voor de onrechtmatige daden, daarbij door den deurwaarder gepleegd? — Neen.

Zijn door eene beslissing in dien zin a. 1403 in verband met de a. 1401 en 1402 B.-W., of de bepalingen omtrent lastgeving geschonden? — Neen.

Arrest van 9 Mei 1895, n° 3474, ... blz. 150.

A. 1417. Blijft hij, die zich borg heeft gesteld voor de vooruitbetaalde schuld, nietiegenstaande de vooruitbetaling, voor de schuld verbonden? — Ja.

Arrest van 28 November 1895, n° 3499, . blz. 302

A. 1586, 1588 en 1596. Kan de huurder die schadevergoeding krachtens a. 1588 B.-W. vordert, volstaan met te bewijzen dat tusschen het gebruik van het verhuurde goed en het door hem geleden nadeel het verband bestaat van oorzaak en gevolg? — Ja.

Rust op den verhuurder, die van de aansprakelijkheid deswege zich wil ontslaan, de bewijslast, dat het nadeel aan de schuld van den huurder is te wijten, en dat deze als goed huisvader had behooren en kunnen voorkomen? — Ja.

Arrest van 13 December 1895, n° 3501, . blz. 315.

A. 1605. Bevat dit a. even als het voorafgaande en enkele andere bepalingen van het burgerlijk en handelsrecht, een bijzonder voorschrift, waarbij wordt afgeweken van de algemeene regelen van het bewijs? — Neen.

Is, waar de rechter het bestaan van een door den verhuurder gestelde huurovereenkomst tusschen partijen heeft aangenomen, op grond dat die door den huurder was erkend, en bij het ook overigens aanwezig zijn van de in gemeld

a. 1605 gestelde vereischten, den verhuurder den in dat a. bedoelden eed heeft opgelegd, door dit laatste de wet noch geschonden, noch verkeerd toegepast, niettegenstaande de huurder van zijne bekentenis omtrent het bestaan der huur-overeenkomst, de bewering had toegevoegd dat de huurprijs minder bedroeg dan door den verhuurder was gesteld? — Ja.

Onderscheidt gemeld a. 1605, of er geschil tusschen partijen bestaat over de hoegrootheid van den huurprijs, zooals die bij den aanvang van den huur is bedongen, dan wel over eene later ingetreden vermindering van dien prijs? — Neen.

Volgt uit meergemeld a. of uit eenige andere wetsbep., dat de rechter, in het geval in dat a. 1605 omschreven, ambtshalve, en dus zonder medewerking van een der partijen, aan den verhuurder den eed omtrent de hoegrootheid van den huurprijs kan opleggen? — Neen.

Arrest van 31 October 1895, n° 3493, . . . blz. 265.

A. 1829. Zie Arrest van 9 Mei 1895, n° 3474, blz. 150.

A. 1832 en 1834. Is de vraag of het bezit van een blanco volmacht bij zekeren persoon en het daarvan door dezen gemaakt gebruik inderdaad de daaruit door den rechter gemaakte gevolgtrekking wettigen, geheel van feitelijken aard? — Ja.

Kunnen door de bevestigende beantwoording dier vraag noch de a. 1832 en 1834 B.-W., noch a. 21 der wet op het Notarisambt geschonden zijn? — Ja.

Kan in geen geval tot cassatie leiden eene bewering, die niet is gevoerd voor den rechter over de feiten, en waaromtrent de bestreden uitspraak derhalve geene beslissing inhoudt? — Ja.

Kan eene vergissing tot cassatie leiden, indien zij betreft een voor de beslissing der zaak geheel onverschilling punt? — Neen.

Arrest van 28 Maart 1895, n° 3467, . . . blz. 108.

A. 1858, 1882 en 1886. Blijft hij die zich borg heeft gesteld voor de vooruit betaalde schuld, niettegenstaande de vooruitbetaling, voor de schuld verbonden? — Ja.

Is door deze beslissingen een der in het middel van cassatie aangehaalde a., bepaaldelijk a. 1886 B. W. geschonden? — Neen.

Arrest van 28 November 1895, n° 3499, . blz. 302.

A. 1902. Was voor het aannemen van dien onderhoudplicht noodig dat door den rechter nog afzonderlijk gemo-

tiveerd werd dat de stad Gouda *als zoodanig* met het onderhoud was belast? — NEEN.

Arrest van 8 Maart 1895, n° 3465, ... blz. 91.

A. 1902. Moet, naar den wettelijken regel omtrent den bewijslast, hij die schadevergoeding vordert op grond van schuld, nalatigheid of onvoorzichtigheid, hiervan het bewijs leveren? — JA.

Kunnen bij Kon. besluit veranderingen worden gebracht in de omtrent den bewijslast geldende wettelijke regelen? — NEEN.

Arrest van 14 Juni 1895, n° 3481, ... blz. 180.

A. 1902. Kan er van eene omkeering van bewijslast, in strijd met a. 1902 B. W. sprake zijn, waar de rechter in hooger beroep heeft beslist, dat zekere door den rendant in uitgaaf gestelde post „als voor het eerst in appel te berde gebracht", geen punt van onderzoek kon uitmaken en slechts subsidiair er heeft bijgevoegd, dat die post, bij ontkentenis door gerendeerde, niet was bewezen? — NEEN.

Arrest van 21 November 1895, n° 3496, . blz. 282.

A. 1902. Zie het arrest van 28 November 1895, n° 3497, blz. 293.

A. 1902, 1903 en 1912. Verbieden de aangehaalde a. den rechter uit een opgave van een der curators in een faillissement; inlichtingen te putten ter beoordeeling van de bewering van een crediteur, die zich tegen de homologatie van het accoord heeft verzet, dat de baten van den boedel het bij het accoord aangeboden bedrag aanmerkelijk te boven gaan? — NEEN.

Kan de rechter in hooger beroep het vonnis *a quo* vernietigende, het door den geintimeerde ingesteld incidenteel appel „voor het geval het Hof het vonnis *a quo* zou mogen bevestigen" eenvoudig voorbijgaan? — JA.

Arrest van 17 October 1895, n° 3489, . . . blz. 230.

A. 1902, 1903 en 1932. Kan de wet zijn geschonden door het niet in overweging nemen van een bewijs-aanbod, waar dit aanbod geheel in het algemeen en zonder opgave van het bewijsmiddel was gedaan? — NEEN.

Arrest van 15 Februari 1895, n° 3463, . . . blz. 64.

A. 1902, 1903, 1952—1954. Staat 's rechters beslissing omtrent den inhoud van zeker vonnis als feitelijk in cassatie vast? — JA.

Moet, waar door den rechter is uitgemaakt, dat het dispositief van zeker vonnis verband houdt met de in eene

overw. daarvan gegeven beslissing, omtrent eenig punt, die beslissing, ofschoon niet in de woorden van het dispositief opgenomen, evenzeer als de inhoud zelf daarvan geacht worden te behooren tot het onderwerp van dit vonnis? — JA.

Is in cassatie de beslissing omtrent den omvang eener overeenkomst onaantastbaar? — JA.

Arrest van 1 Februari 1895, n° 3461, . . . blz. 44.

A. 1902 en 1907. Is de opdracht van een beslissenden eed iets anders dan het aanwenden van een bewijsmiddel, waarvan een ieder, die bevoegd is een geding te voeren, enkel uit dien hoofde gerechtigd is, zich zonder verdere formaliteiten te bedienen? — JA.

Arrest van 25 April 1895, n° 3473, . . . blz. 146.

A. 1917, 1960 en 1962. Is de beslissing, dat de zes door de eischeresse aan de ged. opgedragen eeden gezamenlijk als één geheel moeten worden beschouwd, als ééne te beëedigen verklaring, waarvan de eischeresse de beslissing van het geding wil doen afhangen, feitelijk, — zoodat daartegen in cassatie niet kan worden opgekomen? — JA.

Is terecht, na de verdere feitelijke beslissing, dat slechts een gedeelte dier verklaring ter zake afdoende is voor de beslissing van de zaak, doch een groot deel daarvan voor dit geding niet afdoet, verklaard, dat de opgedragen eeden niet mogen worden opgelegd? — JA.

Arrest van 7 November 1895, n° 3494, . . blz. 273.

A. 1952 volg. Is de bekentenis van den ged., als bevattende eene erkenning van koop met een te zijner bevrijding strekkende toevoeging, nl. dat hij niet voor zich zelven, maar ten name en voor rekening van een derde heeft gekocht, terecht beschouwd als eene onsplitsbare bekentenis? — JA.

Volgt uit geen der in het cassatie-middel aangehaalde a., dat de wet, overeenkomstig a. 1952 vlg. B.-W., als wettelijk vermoeden vaststelt, dat ieder kooper steeds geacht wordt voor zich zelven te hebben gekocht? — NEEN.

Kan alleen worden aangenomen, dat de wet van zoodanig beginsel uitgaat, voor zooverre daarvan niet bij overeenkomst is afgeweken? — JA.

Arrest van 4 Januari 1895, n° 3457 . . . . . blz. 1.

A. 1954 en 1988. Kan op 's rechters oordeel omtrent den inhoud en de strekking van een vonnis, berustende op de daarvan gegeven uitlegging, in cassatie worden terug gekomen? — NEEN.

Hangt de juistheid van het beroep op a. 1988 B. W. af

van de beslissing omtrent de vraag, of er nog een staat van het geding over de hoofdvraag, waaromtrent de verjaring werd opgeworpen, open was, toen dat middel ingeroepen werd? — JA.

Arrest van 9 Mei 1895, n° 3477, ... blz. 161.

Art. 1966. Moet onder alle omstandigheden het stilzwijgen van hem, aan wien een beslissende eed is opgedragen, als weigering worden beschouwd om dien eed aan te nemen of terug te wijzen? — NEEN.

Arrest van 14 Juni 1895, n° 3482, ... blz. 189.

A. 1966 en 1969. Moet de beslissende eed, blijkens a. 1969 B. W., zoodanig luiden, dat hij vatbaar is om in zijn geheel te worden aangenomen? — JA.

Is, door oplegging van een beslissenden eed, die drie verschillende posten omvat, waaromtrent verschillende verdediging mogelijk en ook gedaan was, en bij de tegenspraak waarvan denkbaar is, dat hij aan wien de eed opgedragen wordt, bereid kan zijn — gelijk hij zich ook verklaard heeft — ten aanzien van den eenen post den eed te doen, maar dien ten aanzien van andere posten begreep te moeten weigeren, a. 1969 j° a. 1966 B. W. geschonden. — JA.

Arrest van 24 October 1895, n° 3490, . . . blz. 242.

A. 1978. Kan daar waar betwist is, dat de vordering niet geheel van ander bewijs ontbloot is, door het opleggen van den suppletoiren eed a. 1978 B. W. zijn geschonden? — NEEN.

Arrest van 31 Mei 1895, n° 3480, ... blz. 174.

A. 1982. Kan een gedaagde, tegen wien de ingestelde eisch is toegewezen, onder voorwaarde dat de eischer den hem opgelegden suppletoiren eed zal zweren, enkel door het tegenwoordig zijn bij het afleggen van den eed, geacht worden in het vonnis te hebben berust? — NEEN.

Arrest van 11 April 1895, n° 3470, ... blz. 126.

A. 2014. Moet onder het woord „bezitter" in a. 721 B. R., ingevolge den regel van het eerste lid zou a. 2014 B. W. niet in het algemeen de bezitter in civiel rechterlijken zin, maar de houder worden verstaan? — JA.

Arrest van 20 Maart 1895, n° 3466, . . . blz. 103.

WETBOEK VAN KOOPHANDEL.

A. 22. Wordt door eene onderhandsche acte van vennootschap tegenover een derde bewezen, dat de vennoot-

schap zou hebben bestaan vóór den dag der registratie dier acte? — NEEN.

Is door die beslissing een der bij het *middel* van cassatie aangehaalde a. met name a. 22 K. geschonden? — NEEN.

A. 76. Moet 's rechters opvatting van den tusschen partijen bestaan hebbende verhouding in cassatie worden geëerbiedigd? — JA.

A. 91 en 321. Is het voor toepasselijkheid van a. 91 K. onverschillig of de voerman of schipper het vervoer persoonlijk heeft verricht, dan wel zich daarbij door een ondergeschikte heeft doen vervangen? — JA.

Sluit de ten deze vaststaande feitelijke beslissing de toepassing van a. 321 K. uit? — JA.

A. 773. Is de bij dit a. bedoelde vooruitbetaling van rechtswege nietig? — JA.

A. 813 en 884. Is de currator in een faillissement die als zoodanig tegen een schuldenaar van den boedel procedeert, bevoegd aan dezen den beslissenden eed op te dragen, zonder dat hij de formaliteiten bij a. 884 K. voorgeschreven, behoeft na te komen? — JA.

A. 835 en 845. Zie het Arrest van 1 Februari 1895, nº 3462, blz. 56.

A. 837. Is bij a. 837 K. bepaald in welke gevallen de raadpleging en beslissing over een aangeboden akkoord tot een volgende door den rechter-commissaris te bepalen vergadering wordt uitgesteld, en wordt niet op straffe van nietigheid verboden die raadpleging en beslissing nog eens uit te stellen? — JA.

Is aan 's rechters beoordeeling overgelaten of het belang der schuldeischers de homologatie van een akkoord al of niet medebrengt? — JA.

Staat het hem derhalve vrij een akkoord te homologeeren, wanneer hij tot het besluit komt, dat de baten des boedels bij gerechtelijke vereffening het bij het akkoord bedongen bedrag, zoo al niet „aanmerkelijk" dan toch „werkelijk" overtreffen? — JA.

A. 845. Kan het *middel* van cassatie, *uitsluitend* gericht tegen een arrest voor zooveel de eischer in cassatie daarbij niet-ontvankelijkheid is verklaard in zijn verzet tegen de homologatie van een akkoord, ook al is het gegrond, leiden tot cassatie van dat arrest, indien daarbij ook is bevestigd de in den eersten aanleg uitgesproken homologatie van het akkoord? — NEEN.

Arrest van 28 November 1895, n° 3497, . blz. 293.

A. 848. Zijn de goederen en schulden der gemeenschap, in geval van faillisssement te beschouwen als baten en lasten van den faillieten boedel? Is mitsdien een gehomologeerd akkoord ook bindend voor de schuldeischers van den man en moeten deze genoegen nemen met uitbetaling der bij het akkoord bepaalde procenten? — JA.

Arrest van 28 November 1895, n° 3498, . blz. 297.

BURGERLIJKE RECHTSVORDERING.

A. 5. Moet ingevolge de bepaling van a. 5, 3° B.-R. de dagvaarding bevatten het recht waarop de vordering is gegrond? — JA.

Moeten de gronden voor de ontvankelijkheid eener rechtsvordering in de dagvaarding worden vermeld? — NEEN.

Is het bij eene vordering tot schadevergoeding wegens het gebruik maken van een merk waarop de eischer het recht heeft, voldoende dat in de dagvaarding is geposeerd het depôt van het merk ter griffie, de openbaarmaking daarvan en de daarop gevolgde inschrijving, zonder dat daarin de aankondiging dier inschrijving behoeft te worden vermeld? — JA.

Arrest van 22 Februari 1895, n° 3464, . . . blz. 81.

A. 5. Zie het arr. van 28 November 1895, n° 3497, blz. 293.

A. 5. Stelt a. 5, 3° B.-R. wel den eisch, dat de dagvaarding zal vermelden de vordering en de gronden waarom de eischer beweert, dat hem die vordering moet worden toegewezen, maar is de vraag, of de eischer dit *te recht* beweert, en of de door den eischer in de dagvaarding vermelde *middelen* zijn van dien aard, dat de conclusie der dagvaarding daaruit noodzakelijk volgt, eene vraag, rakende al dan niet toewijsbaarheid der vordering, welke niet te pas komt bij het onderzoek of de dagvaarding, als niet bevattende wat bij a. 5 n° 3 B.-R. formeel is voorgeschreven, moet worden nietig verklaard? — JA.

Arrest van 20 December 1895, n° 3503, . blz. 325.

A. 30 en 628. Kunnen in een geschil tusschen den Directeur

eener maatschappij en een belanghebbende tot scheidslieden worden benoemd de commissarissen dier maatschappij, die geenerlei beheer hebben en op wier naam het geding niet wordt gevoerd? — Ja.

Is waking van scheidslieden een bloote bevoegdheid, waarbij geen belang van de openbare orde betrokken is? — Ja.

Arrest van 25 April 1895, n° 3472, . . . blz. 139.

A. 48 en 50. Is het in a. 48 B.-R. neergelegde beginsel van lijdelijkheid des rechters geschonden, waar door den rechter geen nieuwe feiten of rechtsmiddelen in het geding zijn gebracht? — Neen.

Arrest van 10 Juni 1895, n° 3482, ... blz. 189.

A. 48 en 98 B.-R. Arr. van 25 April 1895, n° 3473, blz. 140.

A. 48 en 339. Is juist te achten de beslissing in hooger beroep, dat de verwerping bij een in eersten aanleg gewezen interlocutoir vonnis van een door een crediteur tegen de homologatie van een aangenomen akkoord aangevoerd *middel* van verzet in zooverre eene eindbeslissing oplevert, welke voor den crediteur, die tegen dat vonnis niet in hooger beroep is gekomen, onaantastbaar is? — Ja.

Zijn door die beslissing de a. 339 en 48 B.-R. geschonden? — Neen.

Arrest van 17 October 1895, n° 3489, . . blz. 230.

A. 48 en 93. Arr. van 25 April 1895, n° 3473, blz. 146.

A. 48 en 382. Kunnen door 's rechters beslissing, waarbij acht geslagen is op zeker aangeboden bewijsmateriaal en rekenschap gegeven is waarom hij onderzoek van den inhoud onnoodig keurt, de a. 48 en 382 B.-R. zijn geschonden? — Neen.

Arrest van 31 Mei 1895, n° 3480, ... blz. 174.

A. 50 en 334. Kan een beschouwing des rechters, wat er zij van hare juistheid, tot cassatie leiden, indien het dispositief van het bestreden vonnis reeds door een anderen daarin aangevoerden grond wordt gerechtvaardigd? — Neen.

Arrest van 11 October 1895, n° 3470, . . blz. 126.

A. 56. Kan, waar sommatie en dagvaarding, in plaats van tot betalen, slechts hebben geleid tot eene schulderkentenis in rechte, de gedaagde gezegd worden de noodzakelijkheid om hem tot voldoening der aangeboden som te veroordeelen, te hebben opgeheven? — Neen.

Kan, al stemt eene veroordeeling in bedrag niet volkomen

overeen met het gevorderde, de daartoe strekkende uitspraak, onder bepaalde omstandigheden, leiden tot verwijzing van den ged. tevens in de proceskosten? — JA.

Kan, door met het oog op gedaagdes gedragingen vóór en na sommatie en dagvaarding, aan te nemen dat hij is aan te merken als de in het ongelijk gestelde partij waar de omstandigheden welke tot dit oordeel hebben geleid, zijn onttrokken aan onderzoek in cassatie, a. 56 B.-R. zijn geschonden? — NEEN.

Arrest van 24 Mei 1895, n° 3478, ... blz. 166.

A. 76—89. Kan bij aanneming van request-civiel tevens uitspraak worden gedaan op een der gedeelten van den eisch, waaromtrent dit vroeger was verzuimd? — NEEN.

Arrest van 31 Mei 1895, n° 3479, ... blz. 172.

A. 93 en 343. Kan a. 93 in verband met a. 343*b* van gemeld wetboek *in casu* zijn geschonden of verkeerd toegepast? — NEEN.

Kan de bewering, dat ten onrechte de niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep op genoemden grond ambtshalve is uitgesproken, omdat het in deze niet zou betreffen een voorschrift van openbare orde, tot vernietiging van die uitspraak leiden, wanneer geene wetsbepaling daartoe betrekkelijk in het *middel* van cassatie is aangehaald? — NEEN.

Arrest van 28 Maart 1895, n° 3468, . . . blz. 117.

A. 125, 237, 238, 239 en 241. Kan een verzoek tot het hooren van partij op vraagpunten nog worden gedaan, wanneer de zaak in handen is gesteld van een rechter ter beslissing? — NEEN.

Is dit ook dan het geval, wanneer slechts eene interlocutoire uitspraak door partijen is gevraagd? — JA.

Arrest van 20 Juni 1895, n° 3483, ... blz. 197.

A. 138, 139 en 346. Kan de rechtsvraag of in een zaak van summiere behandeling, eene tweede conclusie van den eischer toelaatbaar is, in cassatie een punt van onderzoek uitmaken, zoo niet blijkt, dat die toelaatbaarheid bij den *judex a quo* is betwist en deze rechter daarover dan ook geen uitspraak heeft gedaan? — NEEN.

Is, waar de rechter een vraag heeft beoordeeld, uitsluitend naar de bepalingen van eene vreemde wet, de daarop gegronde beslissing in cassatie onaantastbaar? — JA.

Arrest van 15 Februari 1895, n° 3463, . . . blz. 64.

A. 156. Zie het arr. van 20 Juni 1895, n° 3484, blz. 199.

A. 161 en 411. Wordt in cassatie door a. 411 B.-R. ge-

derogeerd aan het voorschrift van het tweede lid van a. 161 van dat wetb.? — Ja.

Arrest van 25 April 1895, n° 3471, ... blz. 132.

A. 289 en 293. Zie het arr. van 9 Mei 1895, n° 3476, blz. 156.

A. 338, 343 en 345. Moet het hooger beroep van eene beschikking op een verzoek tot onder curateelestelling bij request worden aangebracht? — Ja.

Kan, door 's Hofs beslissing dat zoodanig hooger beroep, in strijd met a. 345 B.-R., bij dagvaarding is aangebracht, a. 338 van gemeld wetb. zijn geschonden of verkeerd toegepast? — Neen.

Arrest van 28 Maart 1895, n° 3468, ... blz. 117.

A. 345. Zijn de op het verzoek tot benoeming van een voogd gehoorde bloed- en aanverwanten ontvankelijk om in hooger beroep te komen tegen de daartoe betrekkelijke beschikking? — Neen.

Arrest van 4 Januari 1895, n° 3458, ... blz. 7.

A. 348 en 780. Kunnen door de beslissing dat, waar het geldt het hooger beroep van een vonnis, waarbij eene rekening is vastgesteld, de bij dat beroep aangevulde rekening en verantwoording van rendant, vermeldende allerlei nieuwe posten en gestaafd door allerlei nieuwe bescheiden, „geen onderwerp van debat meer kan uitmaken, als vallende buiten het debat van rekening, 't welk thans, daar niet het afleggen van een nieuwe rekening wordt gelast, voorgoed is gesloten", de a. 780 en 348 B.-R. zijn geschonden of verkeerd toegepast? — Neen.

Is, in een rekening-proces, waarin van weerszijden posten van ontvangsten van uitgaven worden gesteld, de erkenning door eene van de partijen van posten van de wederpartij, met tegenstelling van andere posten, eene bekentenis, vergezeld van tot bevrijding aangevoerde daadzaken? — Neen.

Moeten de tegenovergestelde posten als tegenvorderingen worden beschouwd? — Ja.

Begaat de rechter die een erkenden post aanneemt, doch een daartegenover gestelden verwerpt, een ongeoorloofde splitsing van bekentenis? — Neen.

Kan een in hooger beroep overgelegde Memorie van grieven in cassatie worden onderzocht, voor zoover haar inhoud niet in het arrest is opgenomen? — Neen.

Arrest van 21 November 1895, n° 3496, . blz. 282.

A. 384, n° 4 en 394. Is in geval request-civiel wordt

verzocht en aangenomen, uit kracht van a. 384, no 4. B. R., a. 394 van dat wetb. van toepassing? — JA.

Arrest van 31 Mei 1895, n° 3479, ... blz. 172.

A. 409. Kunnen *middelen* van cassatie, berustende op gronden voor het eerst in cassatie voorgesteld, in aanmerking komen? — NEEN.

Arrest van 18 Januari 1895, no 3459, . . . blz. 13.

A. 431. Kan de onjuistheid van een rechtsbeschouwing, als bijkomende reden door den rechter voor zijne beslissing aangevoerd, tot cassatie van de bekl. uitspraak leiden, indien de hoofdgrond der beslissing vruchteloos is bestreden? — NEEN.

Stuit het aangevoerde *middel van cassatie* mede hierop af, dat de bedoelde rechtsbeschouwing slechts in zoover zou kunnen in aanmerking komen, als ze aan de Belgische wet is ontleend, terwijl ze juist in zoover aan het onderzoek van den Nederlandschen cassatie rechter is onttrokken? — JA.

Volgt uit a. 431, 2e lid B. R., dat de wet een vreemd vonnis niet als *resjudicata* hier te lande wil hebben aangemerkt? — JA.

Arrest van 1 Februari 1895, n° 3462, . . . blz. 56.

A. 431. Verbiedt a. 431 B. R. om in den vreemde in behoorlijken vorm opgemaakte, schriftelijke bescheiden te doen strekken tot bewijs van feiten en omstandigheden, die door den Nederlandschen rechter als vermoedens kunnen worden aangemerkt? — NEEN.

Arrest van 15 Februari 1895, no 3463, . . . blz. 64.

A. 434 en 443. Is de partij die bij algemeene opdracht eenen deurwaarder met de executie van een vonnis heeft belast, aansprakelijk voor de onrechtmatige daden, daarbij door den deurwaarder gepleegd? — NEEN.

Arrest van 9 Mei 1895, no 3474, ... blz. 150.

A. 586. Geldt de toepasselijkheid van den lijfsdwang, hoewel in burgerlijke zaken een exceptioneel middel van executie, in handelszaken als regel, behoudens enkele, uitdrukkelijk bij de wet gemaakte uitzonderingen? — JA.

Is ingevolge a. 586, 1o B. R. het middel van lijfsdwang toepasselijk op hem die als koopman een handelsschuld heeft aangegaan, onverschillig of hij, al of niet koopman is gebleven? — JA.

Arrest van 27 December 1895, n° 3506, . blz. 357.

A. 721. Moet onder het woord „bezitter" in a. 721

B. R., ingevolge den regel van het eerste lid van a. 2014 B. W. niet in het algemeen de bezitter in civielrechterlijken zin, maar de houder worden verstaan? — JA.

Moet waar krachtens het aangeh. a. revindicatoir beslag is gelegd onder hem die ten name van een ander zekere goederen onder zich heeft, tegen eerstbedoelden niet tegen laatstbedoelden persoon de revindicatie en de vordering tot van waarde-verklaring van het beslag worden ingesteld? — JA.

Arrest van 20 Maart 1895, n° 3466, ... blz 103.

WET OP HET NOTARIS-AMBT VAN 9 JULI 1842, *St.* n° 20.

A. 21. Is de vraag of het bezit van een blanco volmacht bij zekeren persoon en het daarvan door dezen gemaakt gebruik inderdaad de daaruit door den rechter gemaakte gevolgtrekking wettigen, geheel van feitelijken aard? — JA.

Kunnen door de bevestigende beantwoording dier vraag noch de a. 1832 en 1834 B. W., noch a. 21 der wet op het Notaris-Ambt geschonden zijn? — JA.

Arrest van 28 Maart 1895, n° 3467, ... blz. 108.

ONTEIGENINGSWET VAN 28 AUGUSTUS 1851, *St.* n° 125.

A. 40 en 41. Indien omtrent de hoogte eener aan te leggen inundatie-kade (het werk, waarvoor onteigend wordt) niets vaststaat, gaat dan de rechter buiten de grenzen van de a. 40 en 41 der O. W., waarvan hij, met het oog op latere willekeurige verkoopingen dier kade, voor de waardevermindering der niet onteigende goederen eene hoogere schadeloosstelling toekent dan daarvoor door de deskundigen was gesteld? — NEEN.

Kan, indien in een vonnis ontbreken de feitelijke gegevens, waaraan de juistheid van 's rechters rechtsbeschouwing kan worden getoetst en het alzoo niet voldoende met redenen is omkleed, cassatie uit dien hoofde volgen, wanneer in het *middel* geen wetsa. wordt aangehaald dat daardoor zou zijn geschonden? — NEEN.

Arrest van 1 April 1895, n° 3469, ... blz. 121.

A. 18 en 37. Zie Arrest van 1 Februari 1895, n° 3461, blz. 44.

WET VAN 25 MEI 1880, *St.* n° 85, houdende bepalingen op de fabrieks- en handelsmerken.

Wordt het recht tot uitsluitend gebruik van een handels- of fabrieksmerk reeds verkregen, na de bij a. 2 dezer wet bedoelde aanteekening van het depôt? — Ja.

Is derhalve de door den rechthebbende op een werk na de aankondiging van de inschrijving daarvan ingestelde vordering, wegens het door een derde gemaakt gebruik van het werk na bedoelde aanteekening, ontvankelijk? — Ja.

Arrest van 22 Februari 1895, n° 3464, . . . blz. 81.

FABRIEKS- EN HANDELSMERKEN. Wet van 30 September 1893. *St.* n° 146.

Kan door de beslissing dat een merk geacht moet worden in hoofdzaak overeen te stemmen met een ander merk, waarop een verkregen recht bestaat welke beslissing zuiver feitelijk is, a. 10 der aangehaalde wet zijn geschonden? — Neen.

Beschikking van 20 December 1895, n° 3502, blz. 319.

REGLEMENTEN VAN SCHIELAND, goedgekeurd bij Kon. Besl. van 17 December 1851, *St.* n° 21 en de verdere daarin gebrachte wijzigingen.

Volgt uit a. 142 van het geldende Reglement van Schieland, dat aldaar niemand dijkplichtig is, tenzij hij binnen het waterschap dijkplichtig land bezitte? — Neen.

Is die onderhoudsplicht blijven stand houden tot op het in werking treden der Reglementen van 1852 betreffende het Hoogheemraadschap van Schieland? — Ja.

Arrest van 8 Maart 1895, n° 3465, ... blz. 91.

REGLEMENT VAN DEN UITHOORNSCHEN POLDER, goedgekeurd bij Kon. besluit van 12 Augustus 1870, *St.* n° 22.

Zijn volgens a. 11 van dit Reglement de veenderijfondsen verplicht om den aldaar bedoelden aanslag te betalen? — Ja.

Blijft de verplichting ook bij verandering in den plaatselijken toestand bestaan, zoolang niet het bovenvermelde Reglement door de daartoe bevoegde macht is opgeheven of gewijzigd? — Ja.

Zijn de Prov.-Staten hunne bevoegdheid te buiten gegaan door het maken van genoemde bepaling, waardoor noch

aan de veenderijfondsen eene nieuwe bestemming gegeven is, noch gehandeld is in strijd met de bij het *middel* van cassatie aangehaalde Placaten? — NEEN.

Arrest van 25 Januari 1895, n° 3460, . . . blz. 27.

REGLEMENT VOOR HET NOORDZEE-KANAAL, vastgesteld bij Kon. besluit van 5 Februari 1879, *St.* n° 30.

A. 2, 3, 81 en 82. Kunnen bij Kon. besluit veranderingen worden gemaakt in de omtrent den bewijslast geldende wettelijke regelen? — NEEN.

Is dat bij Kon. besluit van 5 Febr. 1879, *St* n° 30, geschied? — NEEN.

Kan het, blijkens de woorden „de persoon die tot de vergoeding gehouden wordt geacht", in a. 81 van gemeld Kon. Besl., de bedoeling dier bepaling zijn, dat door den aldaar bedoelden ambtenaar of beambte, zoude worden beslist over de schuld, nalatigheid of onvoorzichtigheid van den bevelvoerder, met dit gevolg dat deze later zou moeten bewijzen, dat er aan zijne zijde geen schuld, nalatigheid of onvoorzichtigheid had bestaan? — NEEN.

Mag, uit de omstandigheid dat in gemeld a. 81 sprake is van een bedrag door den bevelvoerder verschuldigd en dat in het daarop volgende a. aan dezen de verplichting is opgelegd tot voldoening van het door hem verschuldigde, worden afgeleid, dat zijn schuldplichtigheid zou zijn uitgemaakt en de voldoening de kwijting zou zijn van eene vaststaande schuld? — NEEN.

Arrest van 14 Juni 1895, n° 3481, ... blz. 180.

VERBETERINGEN.

Blz. 7, regel 8 v. boven. Voeg bij a. 345. B. R.
" 13, bij te voegen boven het vraagpunt: a. 409 B. R.
" 109, regel 3 v. b. staat aan het slot: eene *lees:* een.
" 121, in het midden staat 40 en 4, *lees:* 40 en 41.
" " in regel 11 v. o. *staat:* waarvan *lees:* waaraan.
" 156, regel 3 v. b. *staat:* niet worden *lees:* worden.
" 161, " 2 v. b. " 1968 *lees:* 1988.
" 166, boven vraagpunt bij te voegen: a. 1274 B. W., a. 56 B. R.
" 180, regel 2 v. b. *staat:* 1802 *lees:* 1902.
" 189, in het midden *staat:* A. 1966 *lees:* A. 1966 B. W. js a. 4 K. 50 B. R.; a. 398 B. R.
" 197, regel 2 v. b. *staat:* B. W. *lees:* B. R.
" 208, regel 10 v. b. moet wegvallen het woord: geen.
" 222, regel 7 v. o. *staat:* van *lees:* van den.
" 282, regel 2 v. b. moet aldus gelezen worden: (A. 708, 848 B. R.; a. 1901, 1902 B. W.; a. 76 K.)
" 325, regel 12 v. o. *staat:* (A. 5 n° 3 B. W.) *lees:* (a. 5 n° 3 B. R.)

VERZAMELING VAN ARRESTEN

VAN DEN

HOOGEN RAAD DER NEDERLANDEN.

BURGERLIJK RECHT.

DEEL LXI.

N° 3457. — Arrest van 4 Januari 1895.

(A. 1952 v. B.-W.)

Is de bekentenis van den gedaagde, als bevattende eene erkenning van koop met eene ter zijner bevrijding strekkende toevoeging, nl. dat hij niet voor zich zelven, maar ten name en voor rekening van een derde heeft gekocht, te recht beschouwd als eene onsplitsbare bekentenis? — JA.

Volgt uit geen der in het aangevoerde cassatie-middel *aangehaalde a., dat de wet, overeenkomstig de a.* 1952 *en volgende B.-W., als wettelijk vermoeden vaststelt, dat ieder kooper steeds geacht wordt voor zich zelven te hebben gekocht.* — NEEN.

Kan alleen worden aangenomen, dat de wet van zoodanig beginsel uitgaat, voor zooverre daarvan niet bij de overeenkomst is afgeweken? — JA.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. PATIJN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De eischeresse stelde tegen den nu verweerder eene vordering in tot betaling van f 250.75 voor gekocht en geleverd hooi; de gedaagde antwoordde hierop, dat hij ontkende voor zich zelf hooi te hebben gekocht en dat hem hooi was geleverd.

„De rechtb. zag in dit antwoord eene onsplitsbare be-

kentenis, waartegenover de eischeres hare vordering zelfstandig had te bewijzen, en ontzegde, toen deze in het leveren van dat bewijs te kort schoot, de vordering als onbewezen.

„Van dit vonnis kwam de eischeresse in cassatie, als *middel* stellende: schending en verkeerde toepassing van de a. 1351, 1354, 1376, 1493, 1494, 1902, 1903, 1953, 1958, 1960, 1961 en 1962 B.-W. en wel in de 1e plaats, omdat de rechtb., uit dit u medegedeeld verweer heeft afgeleid eene onsplitsbare bekentenis in stede van eene zuivere bekentenis of ontkentenis.

„Wanneer iemand, zooals *in casu*, beweert: ik heb van u nooit hooi gekocht voor mij zelven maar voor een ander, dan *ontkent* hij niet het sluiten en het bestaan van een koopovereenkomst, maar uit de bijvoeging volgt, dat hij ontkent dat de verkooper tegen *hem* als kooper kan ageeren. Eene *ontkentenis* is het niet, want hij bekent gekocht te hebben voor een ander; 't is dus een *bekentenis*, maar die door de toevoeging geen zuivere bekentenis kan genoemd worden, en nu besliste de rechtb. te recht, niet in strijd maar in overeenstemming met de aan het slot van de in het *middel* genoemde a., dat zoodanige bekentenis niet ten nadeele van hem die haar aflegde, mag gesplitst worden.

„In de 2e plaats zouden de in het *middel* genoemde a. zijn geschonden, omdat, zooals het in de toelichting luidt, aangenomen, dat de verweerder beweerd heeft den koop van het hooi niet voor zich zelven, maar voor rekening van een derde te hebben gesloten en met die bewering heeft afgelegd een onsplitsbaar aveu, de rechtb. voorbijgezien heeft, dat èn door uitdrukkelijke wetsbepaling èn *praesumptione juris et de jure*, de verweerder geacht moet worden voor zich zelven te hebben gekocht, en dat ten-

gevolge dezer wettelijke *vermoedens*, waardoor de eischer van alle verdere bewijzen werd ontslagen, de eisch dadelijk had behooren toegewezen te worden of wel de verweerder had behooren toegelaten te worden tot de door hem aangebodene bewijslevering in stede van diens bewijs-aanbod te passeeren.

„Wat dit laatste betreft, merk ik op dat het uitsluitend aan den rechter, die over de feiten oordeelt, te beslissen staat of hij een door dezen gedaagde aangeboden tegenbewijs al dan niet noodig oordeelt, en nu zal het wel geen betoog behoeven, dat de in het *middel* genoemde a. niet kunnen zijn geschonden, waar de rechter, op grond van het ten processe geblekene, uitmakende dat de vordering onbewezen was, een in dit geval zeer zeker overbodig geworden tegenbewijs van den gedaagde passeerde.

„Voor het overige steunt de bewering op een geheel erroneuse opvatting van a. 1354 B.-W. Dit a., bepalende dat men verondersteld wordt bedongen te hebben voor zich zelven en voor zijne erfgenamen en recht verkrijgenden, ten ware het tegendeel uitdrukkelijk bepaald zij of uit den aard der overeenkomst mocht voortvloeien, kan nimmer ten gevolge hebben, dat hij, die, als lasthebber voor een ander handelende, persoonlijk verbonden zou zijn tegenover hem met wien hij handelde, — en waar nu de rechtb. terecht besliste, dat door de onsplitsbaarheid van de door den gedaagde afgelegde bekentenis, op de eischeresse de verplichting rustte om hare vordering te bewijzen, daar mocht zij ook uit die bekentenis geen vermoeden ten nadeele van de eischeresse afleiden. Daarenboven hebben wij, zooals Opzoomer ad a. 1354 (VI, 67) schrijft, „in dit a. niets „anders te zoeken dan de bepaling die tot het wezen van „het erfrecht behoort, dat namelijk alle rechten en ver„plichtingen, dus ook die op overeenkomst gegrond zijn,

„tot de erfgenamen overgaan, ten ware zij van zuiver per-„soonlijken aard mochten zijn".

„In de 3e plaats zouden de in het *middel* genoemde a. zijn geschonden omdat, waar verweerder *in prima* beweerde voor rekening van een derde te hebben gekocht, en aangenomen wordt dat de bewering inhoudt een onsplitsbaar aveu, de rechtb. met inachtneming der voormelde wetsbepalingen, wettelijke vermoedens, dat verweerder geacht moet worden voor zich zelven te hebben gekocht, zoolang hij het tegendeel niet bewees, kunnen en behooren uit te maken of dat voor onsplitsbaar uitgemaakte aveu al dan niet moest worden gesplitst.

„De grief van den verweerder, dat deze toelichting aan duidelijkheid te wenschen overlaat, komt mij niet ongegrond voor. Steller van het *middel* kan toch niet van meening zijn, dat de rechter, eenmaal aannemende, dat een antwoord een onsplitsbaar aveu inhoudt, verplicht zou zijn nog eens afzonderlijk uit te maken, waarom hij geen gebruik maakt van de hem in de 2e alinea van a. 1961 B.-W. gegeven bevoegdheid, of wel schuilt in de toelichting der bewering, dat de rechter zulks *in casu* had moeten doen, omdat in de bekentenis eene *praesumptio juris et de jure* ten nadeele van den gedaagde was gelegen, dan is zij al weder een gevolg van die erroneuse opvatting van a. 1354 B.-W.

„Ik meen hiermede te kunnen volstaan ter motiveering van mijne conclusie tot verwerping van het ingesteld beroep, met veroordeeling van de eischeresse in de kosten".

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O., dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1351, 1354, 1376, 1493, 1494, 1902, 1903, 1953, 1958, 1960, 1961 en 1962 B.-W.: „1°, omdat de rechtb. „overwegende dat de

ged. tot ontzegging heeft geconcludeerd, ontkennende hij van de eischeresse voor zich zelven hooi te hebben gekocht", uit dit verweer heeft afgeleid eene onsplitsbare bekentenis, in stede van eene zuivere ontkentenis;

2°, omdat, aangenomen dat de verweerder beweerd heeft den koop van het hooi niet voor zich zelven, maar voor rekening van een derde te hebben gesloten, (intusschen is uitgemaakt, dat hij het hooi *wilde* en heeft *behouden*, dus heeft ontvangen) en met die bewering heeft afgelegd een onsplitsbaar *aveu*, de rechtb. voorbij heeft gezien, dat èn door uitdrukkelijke wetsbepaling èn *praesumtione juris et de jure*, de verweerder geacht moet worden voor zich zelven te hebben gekocht, en dat, tengevolge dezer wettelijke vermoedens, waardoor de eischeresse van alle verdere bewijzen werd ontslagen, de eisch dadelijk had behooren toegewezen te worden, of wel de verweerder had behooren toegelaten te worden tot de door hem aangeboden bewijslevering, in stede van diens bewijsaanbod te passeeren;

3°, omdat, waar verweerder *in prima* beweerde, voor rekening van een derde te hebben gekocht, en aangenomen wordt, dat die bewering inhoudt een onsplitsbaar *aveu*, de rechtb. met inachtneming der voormelde wetsbepalingen en wettelijke vermoedens dat verweerder geacht moet worden voor zich zelven te hebben gekocht, zoolang hij het tegendeel niet bewees, had kunnen en behooren uit te maken, of dat voor onsplitsbaar uitgemaakt *aveu* al dan niet moest worden gesplitst;

„O. hieromtrent, dat de verweerder voor de rechtb. niet slechts, zooals bij het eerste onderdeel van het *middel* wordt gezegd, heeft ontkend het hooi voor zich zelven te hebben gekocht, maar blijkens het vonnis tevens heeft beweerd, dat de eischeresse wist, dat het hooi door hem werd gekocht voor en ten name zijner schoonzuster; dat

de rechtb. dan ook feitelijk heeft beslist, dat het verweer van den ged. daarin bestond, dat hij het hooi heeft gekocht ten name en voor rekening van een derden in het geding door hem genoemden persoon;

„O., dat derhalve de verwering van den ged., als bevattende eene erkenning van den koop, met eene te zijner bevrijding strekkende toevoeging, te recht is beslist te zijn eene onsplitsbare bekentenis, zoodat het eerste onderdeel van het *middel* is ongegrond;

„O. omtrent het tweede onderdeel, dat uit geen der aangehaalde a. volgt, dat de wet, overeenkomstig de a. 1952 en volgende B.-W., als wettelijk vermoeden vaststelt, dat ieder kooper steeds geacht wordt voor zich zelven te hebben gekocht; dat alleen kan worden aangenomen, dat de wet van zoodanig beginsel uitgaat, voor zooverre daarvan niet bij de overeenkomst is afgeweken; dat dit laatste in deze uitdrukkelijk door den verweerder is gesteld, door aan zijne erkenning van den koop toe te voegen, dat hij heeft gekocht *ten name* en voor rekening van een derde; dat deze toevoeging tengevolge van de onsplitsbaarheid dier bekentenis niet mocht worden ter zijde gesteld, tenzij de eischeresse ingevolge het tweede lid van a. 1961 B.-W. de valschheid daarvan bewees, waarin zij, volgens de de feitelijke beslissing, niet is geslaagd; en dat derhalve ten onrechte bij het *middel* wordt beweerd, dat de vordering, zelfs zonder bewijs, dadelijk had moeten zijn toegewezen;

„O., dat de overige bewering, als zoude althans den ged. het bewijs van die toevoeging moeten zijn opgelegd, alsmede in strijd is met de onsplitsbaarheid der bekentenis en met evengenoemd a. 1961 B.-W.; zoodat geen der beweringen van het tweede onderdeel van het *middel* kan opgaan;

„O., dat hetgeen bij het derde onderdeel alsnog wordt aangevoerd, zijne wederlegging vindt in de overw. omtrent

het eerste en het tweede onderdeel, zoodat, daar ook overigens geen der aangehaalde a. is geschonden of verkeerd toegepast, het *middel* in zijne drie onderdeelen is ongegrond;

„Verwerpt de voorziening in cassatie;

„Veroordeelt de eischeresse in de kosten daarop gevallen".

N° 3458. — Beschikking v. 4 Januari 1895.

(A. 9 B.-W.)

Zijn de op het verzoek tot benoeming van een voogd gehoorde bloed- en aanverwanten ontvankelijk om in hooger beroep te komen tegen de daartoe betrekkelijke beschikking? — Neen.
Vloeit uit de omstandigheid dat zij met de minderjarige, immers hare vertegenwoordigers belangen hadden te regelen, die het voor hen noodig deed zijn dat de bevoegdheid dier vertegenwoordigers vaststond, voor hen hoogstens het recht voort om op grond van a. 417 *B.-W. de benoeming van een voogd te verzoeken?* — Ja.

Request in zake H. V. c. s.:

Aan den Hoogen Raad der Nederlanden.

„Geven eerbiedig te kennen:

„1°. H. V., burgemeester van- en wonende te Twisk; 2°. Mr. J. V., Adv. en Proc. te Nieuwer-Amstel, woonplaats kiezende bij den Adv. bij den H.-R. Mr. B. M. Vlielander Hein, die hen ten deze vertegenwoordigt;

„dat zij, opgeroepen als bloedverwanten om gehoord te worden op de door J. M. te Berkhout en J. J. te Wognum aangevraagde voogds- en toeziende-voogdsbenoeming over de minderjarige A. Chr. V., den 14n Jan. 1885 geboren in Zuid-Afrika en aldaar wonende, betwist hebben, dat de kntr bevoegd of rechtens geroepen was, vermits:

1°, de vader der minderjarige, door in 1874 zijn vast verblijf te vestigen in Natal, alwaar hij sedert zijn domicilie had gehouden en in 1885 is overleden, zijn Nederlandschap had verloren, zoodat op de voogdij der minderjarige de Nederlandsche wet niet van toepassing was;

2°, dat, ware het anders, dan zou er naar de Nederlandsche wet van datieve voogdij sprake kunnen zijn, behoorde te blijken, dat de moeder overleden was, hetgeen verzoekers ontkenden en de aanvragers niet bewezen, noch anders bleek;

„dat van de beschikking des kntr^s, die, met voorbijgang hunner bezwaren tot benoeming overging, req^n zijn gekomen in hooger beroep aan de rechtb. te Alkmaar met ontwikkeling hunner bezwaren, gelijk die zijn afgeschreven in de hierbij overgelegde expeditie der opgevolgde beschikking;

„dat daarbij, onder inhaesie hunner ontkenning van den dood der moeder, voorts uit een aantal overgelegde brieven des vaders getracht is aan te toonen, dat bij dezen het oogmerk om niet terug te keeren inderdaad kennelijk was; terwijl zij, mocht onverhoopt de rechtb. nog twijfelen, getuigen-bewijs aanboden;

„dat de rechtb. daarop bij hare beschikking van 16 Nov. 1894 het appèl heeft afgewezen; wat de éêne grief betreft, op grond, dat de kntr nu eenmaal had aangenomen dat de moeder overleden was en req^n niet hadden bewezen dat die „onderstelling" was onjuist, en, wat de andere grief betreft, omdat der rechtb. uit de gedane mededeelingen en de overgelegde brieven wèl was gebleken, dat de vader „destijds naar Zuid-Afrika was gegaan, om daar een bestaan te zoeken, doch dat daaruit niet was gebleken, dat hij dat aldaar zoodanig gevonden had en zich daarop zoodanig had ingericht, dat zijne vestiging kennelijk geschiedde

om niet in het Koninkrijk terug te keeren", verder voor het aangeboden getuigen-bewijs geen gelegenheid openende;

„dat nu, naar der req^n^ meening, in beide opzichten de beschikking der rechtb. met de wet is in strijd, en wel met de a. 9, 413, 417, 1902 B.-W., 199 en 353 B.-R.;

1°, omdat de rechtb. ter toepassing van a. 9 B.-W. een te beperkt *criterium* aanneemt en anders in elk geval de gelegenheid tot getuigen-bewijs had moeten laten.

„De rechtb. laat zich uitsluitend leiden door de overw. dat de vader, naar haar oordeel, in den vreemde niet had gevonden een zoodanig bestaan en zich daarop zoodanig ingericht, dat uit die vestiging het oogmerk om niet terug te keeren sprak. Maar al kan vaak uit inrichting en stand het oogmerk blijken, het is geen vereischte, veelmin uitsluitend *criterium*. De laatste al. van a. 9 is louter negatief. Zij wettigt dus allerminst de gevolgtrekking dat uit de inrichting het oogmerk moet blijken. Ook bij minder gelukkig slagen en onder beperkte verhoudingen kan de uitgewekene niettemin volharden en voornemens zijn niet terug te keeren. En waar hij van zulk een voornemen in brieven doet blijken, daar maakt hij zelf zijn oogmerk kennelijk, en daar gaat het niet aan, hem het Nederlanderschap op te dringen, omdat men zelf onder soortgelijke omstandigheden wellicht andere oogmerken zou koesteren en liever zou willen terugkeeren.

„Het schept ook niets dan verwarring, wanneer men de bepalingen van a. 9, al. 3, zoo scherp toehaalt en voogden hier gaat benoemen over minderjarigen, die in den vreemde onder eene geregelde rechtsorde leven, onder welke hunne ouders jaren hebben geleefd, zijn gehuwd en het aanzijn hebben gegeven aan hunne kinderen, zich niet anders verbeeldende dan dat die rechtsorde ook die van hunne kinderen zou zijn;

2°, omdat, is de Nederlandsche wet van toepassing, die wet als voorwaarde voor de datieve voogdij in a. 413 stelt, dat het kind zonder vader, moeder etc. overblijft, zoodat de kntr geen voogd kan gaan benoemen op „onderstellingen", maar, benoemt hij ambtshalve, hij zelf de voorwaarden moet waarmaken, en, doet hij het op requisitie van bloedverwanten of derden, deze, als eischers, moeten bewijzen dat het cas van datieve voogdij aanwezig is.

„Redenen, waarom req^n den H.-R. verzoeken te vernietigen de beschikking der rechtb., met verwijzing of rechtspraak ten principale, als de H.-R. zal meenen te behooren.

(*get.*) VLIELANDER HEIN.

Conclusie van den Proc.-G. mr. POLIS:

„De Proc.-G. bij den H.-R. enz.,

„Gezien vorenstaand request met bijlagen;

„O. dat het recht van appèl van beschikkingen op requesten, naar a. 345 B.-R., alleen gegeven wordt aan hen, die zoodanige beschikking hebben verkregen, en aan de overige belanghebbenden;

„dat het raadplegen van bloedverwanten bij benoemingen van voogd en toezienden voogd geschiedt in het belang van den minderjarige, die bloedverwanten dus in den zin van a. 345 voornoemd, niet als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt, en hun ook nergens een recht van hooger beroep gegeven wordt;

„dat dus de rechtb. de req^n in het door hen ingesteld hooger beroep niet-ontvankelijk had moeten verklaren, en door dit na te laten a. 345 B.-R. heeft geschonden, terwijl de H.-R. op dien grond, al is daarvan geen *middel* gemaakt, de beklaagde beschikking zal behooren te casseeren, omdat de aangehaalde bepaling van a. 345 B.-R., is van publieke orde, en dus de vraag, of dat a. is nageleefd, niet door de

houding van partijen van het oordeel des rechters kan worden onttrokken; (men zie de arr. van 27 Juli 1888 v. d. Hon. B.-R. LIV, 283; 14 Sept. 1893, v. d. Hon. B.-R. LIX, 265; en v. d. Hon. B.-R. XLVIII, aanhangsel, achter het *Register*) en 22 Febr. 1883 (*Rechtspr.* CXLIX, 347, CLXIV, 329 en CXXXIII, 185);

„En voor het geval, dat de H.-R. zich met deze beschouwing niet mocht vereenigen:

„O., met betrekking tot het eerste onderdeel van het voorgestelde *middel*, dat de rechtb., naar aanleiding van de bewering der req^n, onderzoekende, of de vader der minderjarige, tijdens de geboorte van deze, de hoedanigheid van Nederlander had verloren, door het buiten 's lands vestigen van zijne woonplaats met het kennelijk oogmerk om niet in het Koninkrijk terug te keeren, beslist dat uit de gedane mededeelingen en de overgelegde brieven wel is gebleken, dat de vader der minderjarige destijds naar Zuid-Afrika is gegaan om daar een bestaan te zoeken, doch dat daaruit niet is gebleken, dat hij dit aldaar zoodanig had gevonden en zich daarop zoodanig had ingericht, dat zijne vestiging kennelijk geschiedde om niet in het Koninkrijk terug te keeren;

„dat dus de rechtb. heeft uitgemaakt, dat de medegedeelde feiten en brieven alleen wijzen op vestiging der woonplaats van den vader der minderjarige buiten 's lands, maar niet ook op het oogmerk van dezen om niet terug te keeren, zoodat de rechtb. de wet niet kan geschonden hebben door het aangeboden nader bewijs door getuigen van die feiten te passeeren, en het *middel* in zijn eerste onderdeel onaannemelijk is;

„O., met betrekking tot het tweede onderdeel van het *middel*, dat a. 413 B.-W. de openbare orde betreft, de rechter mitsdien ook ambtshalve behoort te onderzoeken,

of de bij dat a. gestelde voorwaarden voor de datieve voogdij aanwezig zijn;

„dat dus *in casu* de rechtb. had behooren te onderzoeken of de moeder der minderjarige werkelijk overleden is, en, zich daarvan onthoudende, omdat door de appellanten, die het overlijden der moeder ontkenden, niet door eenig bewijsmiddel was aangetoond, dat de veronderstelling van overlijden der moeder, waarvan de kntr is uitgegaan, onjuist is, a. 413 B.-W. heeft geschonden;

„Concludeert tot vernietiging der beklaagde beschikking, en dat de H.-R. rechtdoende ten principale, de req^n in het door hen bij de rechtb. ingestelde hooger beroep zal verklaren niet-ontvankelijk, of, daartoe geene termen vindende, de zaak zal terugwijzen naar de rechtb. om met inachtneming van 's H.-Rs uitspraak te worden berecht".

BESCHIKKING. — De H.-R. d. Ned. enz.;

„Gelet op de conclusie van den Proc.-G.;

„O. dat bij de oorspronkelijke beschikking van den kntr te Hoorn van 6 Oct. jl., op verzoek van J. M. en J. J. zijn benoemd een voogd en toeziende voogd over de minderjarige A. C. V.;

„dat tegen deze beschikking de beide tegenwoordige req^n, die opgeroepen waren om als bloedverwanten gehoord te worden, in hooger beroep zijn gekomen;

„dat zij in dat beroep niet-ontvankelijk hadden moeten verklaard zijn, omdat het hooren van bloed- en aanverwanten bij benoemingen des kntr^s geschiedt in het belang der minderjarigen, en zij dus in den zin van a. 345 B.-R. niet als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt;

„dat zij wel, om hun belang te staven, alsnog hadden aangevoerd, dat zij met de minderjarige, immers hare vertegenwoordigers, belangen hadden te regelen, die het voor

hen noodig deed zijn dat de bevoegdheid dier vertegenwoordigers vaststond;

„dat echter hieruit hoogstens het recht zou voortvloeien om, op grond van a. 417 B.-W., de benoeming van een voogd te verzoeken, maar nooit om, waar de bevoegde rechter op wettige wijze eene benoeming gedaan heeft, daartegen in hooger beroep te komen;

„dat, waar de req[n] dus niet-ontvankelijk waren in hun hooger beroep, zij om dezelfde reden ook niet-ontvankelijk zijn in de cassatie, door hen ingesteld tegen het vonnis, waarbij dat beroep van de hand gewezen is;

„Verklaart de req[n] niet-ontvankelijk in het door hen ingesteld beroep in cassatie."

N° 3459. — Arrest van 18 Januari 1895.

(Souv. besluit v. 26 Maart 1814, *St.* n° 46 j° Kon. besluit v. 8 Febr. 1815, *St.* n° 11).

Wordt door de aangehaalde besluiten als voorwaarde van herstel in de daarin bedoelde heerlijke jachtrechten, gesteld wettige possessie van het heerlijk jachtrecht in 1794? — JA.

Stuit het voorgestelde middel *van cassatie af op 's rechters beslissing, zijnde niets anders dan de historische slotsom van zijne bevinding omtrent den aard van zeker jachtrecht?* — JA.

Onderbreekt daar, waar een aan verjaring blootstaand ondeelbaar en onverdeeld jachtrecht blijvend is uitgeoefend op een deel van het daaraan onderworpen, niet in vaste en voortdurende verdeeling gebrachte gebied, de uitoefening der verjaring van het recht op de geheele jacht? — JA.

Kunnen middelen *van cassatie, berustende op gronden voor het eerst in cassatie voorgesteld, in aanmerking komen?* — NEEN.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. PATIJN de volgende conclusie genomen:

„Bij arr. van het Gerechtshof te 's Hertogenbosch werd beslist, dat de verweerder in deze uitsluitend gerechtigd is tot de jacht op zeker perceel onder de gemeente Diessen,

gelegen onder de heerlijkheid Hilvarenbeek, Diessen en Westelbeers. Volgens de 1° overweging *in jure* van het arr., staat het vast dat die heerlijkheid was leenroerig, met hooge en lage jurisdictie, cijnsplichtig, tiendplichtig en met houtschot bezwaard, mitsgaders met het jachtrecht ten behoeve van den Heer en dat zij *pro indiviso* toebehoord heeft voor de ééne helft aan den Hertog van Braband en diens opvolgers, de Staten-Generaal en den Staat der Nederlanden, en voor de andere helft aan onderscheidene eigenaars, waarvan de voorlaatste was de Baronnesse S. v. Z. —, terwijl het mede vaststaat, dat de nu verweerder S. de opvolger is van beide halfheeren van die heerlijkheid, voor zooveel het jachtrecht betreft, — en dus ook voor het perceel, waarover thans de strijd loopt.

„Het Hof verwierp het aangeboden bewijs, dat het jachtrecht op dit perceel door *non usus* zou zijn verloren gegaan, en wees de oorspronkelijke vordering toe op grond, dat verweerder uitsluitend gerechtigd is tot de jacht op bedoeld perceel.

„Tegen dat arr. zijn *vier middelen* van cassatie ingevoerd.

„*Het eerste* daarvan luidt: schending van a. 3 van het Souverein Besl. van 26 Maart 1814, *St.* n° 46, a. 1 van het Souverein Besl. van 28 Sept. 1814, *St.* n° 107, en a. 1 van het Kon.-Besl. van 18 Febr. 1815, *St.* n° 11, omdat:

a, bij 's Hofs arr. niet in het oog gehouden is, dat met de uitdrukking „heerlijkheid" (heerlijke rechten) in de aangehaalde bepalingen, niet is bedoeld elke vereeniging van heerlijke rechten, in één persoon te zamen komende, doch — in overeenstemming met wat omtrent het wezen eener heerlijkheid door de feodisten wordt geleerd, — slechts een zelfstandig complex van heerlijke rechten, dat door den Souverein is uitgegeven, welke rechten zoolang de Souverein ze niet heeft uitgegeven, evenals wanneer ze in

handen van den Souverein terugkomen, geen zelfstandig bestaan hebben en geene heerlijkheid vormen, maar als *regalia* opgaan in het complex van rechten, dat de Souvereiniteit vormt, zoodat het Hof ten onrechte heeft uitgemaakt, dat de Souverein van Braband, zijnde eerst de Hertogen en later de Staten-Generaal, waren eigenaren van eene halve heerlijkheid Hilvarenbeek, Diessen en Westelbeers in den zin van voornoemde besluiten, niettegenstaande niet is gebleken, dat de tot die beweerde halve heerlijkheid behoord hebbende rechten ooit door den Souverein zijn uitgegeven, en in elk geval vaststaat, dat de Souvereiniteit der Hertogen van Braband en van de Staten-Generaal zich uitgestrekt heeft over de hiervoren omschreven streek;

b., het Hof voorbijgezien heeft, dat de aangehaalde bepalingen zeker niet bedoelen de herstelling van zoodanig jachtrecht als de voormalige eigenaren steeds in eigen boezem hebben behouden.

Ad *a.* De geachte pleiter voor de eischers in cassatie heeft zich bij de toelichting van dit *middel* begeven in een uitvoerig betoog over het ontstaan van heerlijkheden hier te lande en over den aard van de daaraan verbonden rechten, een betoog, waarvan ik de belangrijkheid niet zal ontkennen, maar dat m. i. zal moeten afstuiten op hetgeen in dit proces feitelijk vaststaat.

„Aannemende echter voor een oogenblik, dat het betoog van pleiter in allen deele juist was en dat rechtb. en Hof ten onrechte het jachtrecht van den Hertog van Braband als een *heerlijk* recht, in den zin van de in het *middel* genoemde Besluiten van 1814 en 1815 hadden beschouwd, dan zouden wellicht door die beslissing bepalingen van *feodaal* recht kunnen zijn geschonden, maar het *middel* spreekt alleen van schending van die Besluiten, en deze houden omtrent het

door eischers opgeworpen geschilpunt geen voorschriften in.

„Bij die Besluiten werd, zooals bekend is, aan de „eigenaren van heerlijkheden enz." het heerlijk jachtrecht teruggegeven, en waar nu het Hof, zooals we zien zullen, besliste dat de Hertog van Braband en zijn opvolgers de rechten der heerlijkheid Hilvarenboek als *heer* uitoefenden, dáár kan van schending of verkeerde toepassing van die Besluiten geen sprake zijn.

„De feitelijke beslissing, waarmede we hier te doen hebben, werd uitgelokt door het verweer van de nu-eischers in appel, die, zooals we in de 6e overweging *in jure* van het arr. lezen, evenals nu beweerden: „dat de hoedanigheid „van Hertog van Braband en halfheer van Hilvarenbeek „onvereenigbaar zijn, in zooverre dat de heerlijke rechten „zich oplossen in het algemeene recht van den Hertog als „leenheer, welke laatste het jachtrecht mitsdien bezat als „regaal, als hoedanig het niet hersteld is door de bekende „Besluiten van 1814 en 1815."

„En wanneer nu de H.-R. het arr. zal inzien, dan zal het dit College blijken, dat deze geheel feitelijke vraag in de daaropvolgende overwegingen door het Hof in strijd met het gevoelen van eischers is beslist, en op historische gronden wordt aangenomen, dat de Hertog van Braband het jachtrecht „*niet als regaal*" maar als „*halfheer*" van de heerlijkheid Hilvarenbeek bezat; dat recht werd door hem en door zijn opvolgers niet uitgeoefend als *souverein*, maar als *heer*, en dat recht was, zooals het Hof aanneemt, ondeelbaar en overdeeld.

„We staan dus hier voor eene feitelijke beslissing, dat het quaestieuse jachtrecht in zijn oorsprong was een *heerlijk* jachtrecht en op zoodanige beslissing kan in cassatie niet worden teruggekomen, zooals de H.-R. besliste bij zijn arr. van 24 Nov. 1871 (v. D. Hon. B.-R. XXXVI, 240). Het gold toen eene be-

slissing, waarbij evenals nu, als geschiedkundig vaststaande, en door de overgelegde bescheiden bevestigd, werd aangenomen: „dat de gemeente Hilvarenbeek, vóór de Staats„regeling van 1798, is geweest eene *heerlijkheid* die onver„deeld toebehoorde voor de helft aan den Hertog van Braband „(later de H.M. H.H. Staten-Generaal) en voor de wederhelft „aan onderscheidene zich opvolgende eigenaren, aan wie „de helft dier heerlijkheid oorspronkelijk (ten jare 1328) „door den Bisschop van Luik in leen was gegeven".

Ad *b*, ten aanzien van het tweede gedeelte van het *middel* vereenig ik mij geheel met hetgeen daartegen is aangevoerd, dat de bewering van welke het uitgaat in het arr. allen feitelijken grondslag mist; ze is in strijd met de beslissing van het Hof, dat de Hertog en de Staten de heerlijke rechten, waaronder het jachtrecht, als *heer* uitoefenden. Het *eerste middel* kan alzoo m. i. niet opgaan.

„*Het tweede* luidt: schending van dezelfde a. van de zooeven genoemde Besluiten van 1814 en 1815, van a. 15 en 16 der Wet van 11 Juni 1814, *St.* n° 79, a. 3 der wet van 5 Maart 1852, *St.* n° 47, a. 3 der wet van 13 Juni 1837, *St.* n° 87, de a. 543, 617, 623, 625, 706, 708, 709 en 2281 *C.-N.*, 584, 600, 641, 754, 756, 765, 783, 801, 854, 858, 865 en 2030 B.-W. doordien het Hof, hoewel verjaring van het heerlijk jachtrecht mogelijk achtende, die mogelijkheid te beperkt genomen en geene verjaring van het recht voor een deel van het grondgebied eener heerlijkheid erkend heeft, maar aanneemt, dat de uitoefening van het ondeelbare en onverdeelde heerlijke recht van de jacht op het eene gedeelte van eene aan dat recht onderworpen landstreek geschikt is om de praescriptie op de in het andere deel gelegen eigendommen tegen te gaan.

„Ter toelichting van dit *middel* diene, dat door de nueischers was beweerd, dat sedert 1760 het jachtrecht niet

meer over de geheele heerlijkheid bij beide eigenaren *pro indiviso* was gebleven. Inderdaad blijkt uit een reeds in de eerste instantie overgelegd stuk van 1 Sept. van dat jaar, dat de beide halfheeren van Hilvarenbeek, met aanneming eener welgetrokken grenslijn, zooals wij in de 14e overw. van het arr. lezen, onderling het jachtrecht van Hilvarenbeek hebben verdeeld, doch met voorbehoud voor elk hunner om met hunne vrienden, jacht- en windhonden de lange jacht over de heide der heerlijkheid te kunnen uitoefenen en met bepaling, dat de overeenkomst slechts 20 jaren zou standhouden; maar het Hof komt daarna op historische gronden tot het besluit, dat de inhoud der verschillende, ten processe overgelegde titels volstrekt niet staaft eene vaste, voortdurende verdeeling van het jachtveld, krachtens welke elk halfheer, met uitsluiting van den anderen, zijn deel van het jachtveld verkreeg.

„Het staat alzoo feitelijk vast, dat het jachtveld niet is verdeeld, en nu beslist het Hof, dat bij de onverdeelbaarheid van het jachtrecht voor het geheele grondgebied der heerlijkheid, de uitoefening van dat recht op een deel het te-niet gaan van het geheele recht verhindert. Het Hof ontkent niet, dat ook het heerlijk jachtrecht door dertig-jarige niet-uitoefening, door *non-usus*, kan te niet gaan, maar zegt *in casu* kan het bewijs, dat dit recht voor een deel waarin het perceel is gelegen waarover de strijd loopt, niet is uitgeoefend, u niet baten, want door de uit haar aard in zijne uitoefening ondeelbare natuur van het jachtrecht, conserveert elke daad van uitoefening het geheele recht, zoodat van verlies van het recht door *non-usus* geen sprake kan zijn, waar feitelijk vaststaat, dat die uitoefening van het jachtrecht over een deel van het terrein steeds heeft plaats gehad.

„Daarom kan ook het beroep voor de eischers gedaan

op 's H.-Rs arr. van 28 Maart 1890 (v. D. HON., *B.-R.* LVI, 99) den eischers niet baten, want het arr., waartegen het beroep is ingesteld, ontkent niet dat jachtrecht *territoriaal* door verjaring kan te niet gaan, maar beslist, dat *in casu* van *territoriale* verdeeling geen sprake is, en de beslissing, dat de uitoefening van het ondeelbare en onverdeelde heerlijk jachtrecht op een gedeelte van eene aan dat recht onderworpen landstreek geschikt is om de praescriptie op de in het andere deel gelegen eigendommen tegen te gaan, is niet in strijd met een van de in het *middel* genoemde a., zeer zeker niet met de Besluiten van 1814 en 1815, die hoegenaamd niets bevatten wat met 's Hofs beslissing in strijd zou zijn en evenmin met één van de a. van den *C.-N.* of van het het B.-W. in het *middel* genoemd, die ook m. i. geen van allen in strijd zijn met de door het Hof gehuldigde leer. Ik acht het overbodig dit in bijzonderheden aan te toonen.

„Ook het *tweede middel* kan alzoo niet opgaan.

„Ik kom ten slotte tot het 3e *en* 4e *middel*, door pleiter collectief besproken; het luidt: schending van a. 1 van het Kon. Besl. van 8 Febr. 1815, *St.* n° 11, doordien het Hof de wettige possessie van de Staten-Generaal tot in het jaar 1794 bewezen heeft geoordeeld door het op 3 Maart 1790 aan P. B. in erfpacht uitgeven van de halve jacht van Hilvarenbeek en door het in 1798, of kort daarna, petitioneeren van de Wede van genoemden B. aan de eerste kamer van het Wetgevend lichaam des Bataafschen Volks ter zake van dat jachtrecht, daarbij echter niet uit het oog verliezende, 1°, dat bij gemeld besluit onder „possessie" verstaan wordt „feitelijke machtsuitoefening", zoodat de daad van het in erfpacht uitgeven en transporteeren van de jacht door de Staten-Generaal, alsmede die van het petitioneeren door de Wede B., d. i. een niet naar buiten werkend optreden enkel door *acten*, ten onrechte als af-

doende is aangemerkt; 2° dat, al is ook voor de bij het bedoelde Besluit geordende possessie voldoende machtsuitoefening door een derde, die derde dan toch moet hebben bezeten voor hem, die bezit beweert, zoodat ten onrechte voor het bewijs van het bestaan der wettige possessie in den jare 1794 als genoegzaam is beschouwd eene machtsuitoefening door de Wed° B., die voor zich zelve als eigenaresse bezat en omtrent wie in elk geval niet is beslist, dat zij optrad voor de Staten-Generaal.

„Het *vierde:* schending van ditzelfde a. en van a. 25 der Staatsregeling van 1798 j° a° 1902 B.-W., doordien het Hof heeft aangenomen, dat eene bezitsuitoefening van een heerlijk jachtrecht ook kort na 1798, niettegenstaande de afschaffing der heerlijke rechten, mogelijk was, en daaruit heeft geconcludeerd tot het bestaan van wettige possessie in 1794.

„Deze beide middelen zijn gericht tegen de 10e overw. *in jure* van het arr., dat evenals de 7e, 8e en 9e overw. ten doel had te beslissen, dat het heerlijk jachtrecht van Hilvarenbeek niet was een *regaal* recht van den Souverein, maar in 1794 was in het privaat domein van den Staat, en ze houden kennelijk verband met het door de nu-eischers gestelde feit, dat de Staat van 1791 tot 1881 geen jachtrecht op een deel dier gronden had uitgeoefend.

„Zijn nu door die beslissing van het Hof de in die *middelen* genoemde a. geschonden? Zeer zeker niet a. 1902 B.-W., waar het Hof juist uitmaakt, dat het bezit van het jachtrecht, waarop men zich beriep, door de in het *middel* genoemde stukken wordt bewezen; evenmin a. 25 van de Staatsregeling van 1798. Al werd toch toen het heerlijk jachtrecht afgeschaft, niets belet, dat het ook na dat jaar *feitelijk* werd uitgeoefend, en nu is het zeer zeker mogelijk uit feiten en omstandigheden af te leiden, dat men in 1794

was in het bezit van dit jachtrecht, en waar nu het Hof *in casu* beslist, dat uit het op 3 Maart 1790 in erfpacht uitgeven en transporteeren van de halve jacht over de vrijheid en dingbanken van Hilvarenbeek en uit het ter zake van dat jachtrecht petitioneeren aan het Wetgevend lichaam afleidt, dat de Staten in 1794 waren in het bezit van het heerlijk jachtrecht, en dat mitsdien het herstel daarvan in 1814 en 1815 gestaafd is, dan is die beslissing zeer zeker niet in strijd, maar geheel conform a. 1 van het Kon. Besl. van 1815.

„De beslissing dat uit schriftelijke akten en bescheiden het bewijs is geleverd, dat iemand was in de possessie van het jachtrecht is uit den aard der zaak geheel feitelijk, en door zoodanige beslissing kan, zooals de H.-R. bij arr. van 18 Jan. 1868 (v. D. HON. B.-R. XXXII, 130) besliste, het zooeven genoemde a. niet zijn geschonden.

„Ik heb alzoo de eer te concludeeren tot verwerping van het ingesteld beroep met veroordeeling van de eischers in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O. dat, blijkens het bestreden arr., de nu verweerder S. dit geding heeft aangelegd, ten einde het hem naar zijne bewering toekomende, in 1814 en 1815 door WILLEM I herstelde heerlijke jachtrecht over het territoir der oude heerlijkheid van Hilvarenbeek, Diessen en Westelbeers te handhaven tegen inbreuken, daarop van de zijde der eischers in cassatie gepleegd;

„dat tegen die vordering in eersten aanleg slechts één *middel* van verweer bepaaldelijk is aangevoerd, namelijk dat dat recht in handen van den Staat door niet-oefening van 1791 tot 1881 zou zijn teniet gegaan, terwijl in hooger beroep aan deze verdediging ééne nieuwe weer is

toegevoegd, te weten dat de Hertog van Braband, rechtsvoorganger van genoemden nu verweerder, voor zoover die het jachtrecht aan den Staat ontleent, niet tegelijkertijd heeft kunnen zijn Hertog en halfheer van Hilvarenbeek, omdat zijn heerlijk jachtrecht zich heeft opgelost in des Hertogs algemeen recht als leenheer, deze mitsdien het jachtrecht bezat als regaal en als zoodanig het jachtrecht niet door de bekende Besluiten van 1814 en 1815 is hersteld;

„dat het Hof, op grond van overgelegde stukken, en dus feitelijk, omtrent de voormalige heerlijkheid Hilvarenbeek *cum annexis* heeft uitgemaakt, dat zij geweest is leenroerig, met hooge en lage jurisdictie, cijnsplichtig, tiendplichtig en met houtschot bezwaard, mitsgaders met het jachtrecht ten behoeve van den heer, en dat zij *pro indiviso* toebehoord heeft voor de eene helft aan den Hertog van Braband en diens opvolgers, de Staten-Generaal der Republiek en den Staat der Nederlanden, en voor de andere helft aan onderscheidene eigenaars, waarvan de voorlaatste was de Baronesse S. v. Z.; voorts dat tusschen partijen ten slotte vaststaat de opvolging van de partij S. aan voormelde beide halfheeren, mitsgaders het onverdeelde heerlijk jachtrecht der Baronesse S. over het geheele territoir der heerlijkheid en haar mede eigendom met den anderen eigenaar *pro indiviso*, alsmede de inbreuk op dit jachtrecht gepleegd, en dat deel van het jachtveld, dat ingevolge eene in 1761 gemaakte verdeeling meer in het bijzonder aan de Staten-Generaal was toegekend; dat vervolgens het Hof, uitgaande van deze beslissingen, de *twee middelen*, waarmede het nog bestaan van het onderwerpelijke jachtrecht is bestreden, onaannemelijk heeft geoordeeld;

„O. dat tegen de verwerping van den voor het eerst in appèl aangevoerden grond het eerste cassatie-*middel* is

gericht, luidende: schending van a. 3 van het Souverein besluit van 26 Maart 1814, *St.* n° 46, a. 1 van het Souverein besluit van 28 Sept. 1814, *St.* n° 102, en a. 1 Kon. besluit van 8 Febr. 1815, *St.* n° 11, omdat:

a, bij 's Hofs arr. niet in het oog gehouden is, dat met de uitdrukking *heerlijkheid* („heerlijke rechten"), in de aangehaalde bepalingen niet is bedoeld elke vereeniging van heerlijke rechten in één persoon te samen komende, doch — in overeenstemming met wat omtrent het wezen eener heerlijkheid door de feodisten wordt geleerd — slechts een zelfstandig complex van heerlijke rechten, dat door den Souverein is uitgegeven; welke rechten, zoolang de Souverein ze niet uitgegeven heeft, evenals wanneer zij in handen van den Souverein terugkomen, geen zelfstandig bestaan hebben en geen heerlijkheid vormen, maar als regalia opgaan in het complex van rechten, dat de Souvereiniteit vormt; zoodat het Hof ten onrechte heeft uitgemaakt, dat de Souvereinen van Braband, zijnde eerst de Hertogen en later de Staten-Generaal, waren eigenaren van eene halve heerlijkheid Hilvarenbeek, Diessen en Westelbeers in den zin van voornoemde besluiten, niettegenstaande niet is gebleken, dat de tot die beweerde halve heerlijkheid behoord hebbende rechten ooit door den Souverein zijn uitgegeven, en in elk geval vaststaat, dat de Souvereiniteit der Hertogen van Braband en der Staten-Generaal zich uitgestrekt heeft over de hiervoren omschreven streek;

b, het Hof voorbijgezien heeft, dat de aangehaalde bepalingen zeker niet bedoelen de herstelling van zoodanig jachtrecht, als de voormalige Souvereinen steeds in eigen boezem hebben behouden;

„O. dienaangaande, dat uit bovenvermelde beslissingen al dadelijk volgt, dat de feitelijke grondslag van dit *middel*

in zoover is onjuist, dat het arr. niet aanneemt het bestaan hebben van eene *halve* heerlijkheid Hilvarenbeek *cum annexis*, waarvan de Hertog en de Staten-Generaal eigenaar zouden zijn geweest, maar mede-eigendom van deze, *pro indiviso* met de voorgangers van Baronnesse S., aan de *gansche onverdeelde* heerlijkheid van dien naam;

„dat, nu dit vaststaat, nu het *middel* alleen over schending van de herstellingsbesluiten klaagt, nu daarbij niet betwist wordt de wettige possessie van heerlijk jachtrecht in 1794, door die besluiten als voorwaarde van herstel in dit recht gesteld, en nu het arr. dat herstel niet heeft uitgestrekt tot het recht van jagen als regaal, het *middel* in zijne beide onderdeelen afstuit op 's Hofs beslissing, dat het jachtrecht in Hilvarenbeek bij den Hertog is verbleven niet als regaal, maar *als halfheer;*

„dat immers, staat dit vast, bij het arr. een *heerlijk* door Willem I hersteld jachtrecht is gehandhaafd, en 's Hofs beslissing dienaangaande onvatbaar is voor onderzoek in cassatie, omdat zij niets anders is dan de historische slotsom van 's Hofs bevinding, dat in Hilvarenbeek het jachtrecht nimmer afgescheiden is geweest van de overige rechten der heerlijkheid, die aldaar door den Hertog werden genoten in onverdeeldheid met eenen anderen halfheer, en dientengevolge voor den deelgenoot-hertog dit genot evenmin als voor zijnen mede-eigenaar dat van een *regaal als Hertog* wezen kon;

„O. dat tegen de verwerping van het verweer, dat het van den Staat afgeleide jachtrecht *non-usu* zou zijn teniet gegaan, is gericht het tweede *middel* van cassatie, luidende: schending van a. 3 van het Souverein besluit van 26 Maart 1814, *St.* n° 46, a. 1 van het Souverein besluit van 28 Sept. 1814, *St.* n° 102, a. 1 Kon. besluit van 8 Febr. 1815, *St.* n° 11, de a. 15, 16 der wet van 11 Juli 1814,

St. n° 79, a. 3 der wet van 6 Maart 1852, *St.* n° 47, a. 3 der wet van 13 Juni 1857, *St.* n° 87, de a. 543, 617, 623, 625, 706, 708, 709 en 2281 *C.-N.*, 584, 600, 641, 754, 756, 765, 783, 801, 854, 858, 865 en 2030 B.-W., doordien het Hof, hoewel verjaring van heerlijk jachtrecht mogelijk achtende, die mogelijkheid te beperkt genomen en geene verjaring van het recht over een deel van het grondgebied eener heerlijkheid erkend heeft, maar aanneemt dat de uitoefening van het ondeelbare en onverdeelde heerlijke recht van de jacht op het ééne gedeelte van eene aan dat recht onderworpen landstreek geschikt is om de praescriptie op de in het andere deel gelegen eigendommen tegen te gaan;

„O. dienaangaande, dat het Hof in zijne 14e tot 16e rechtsoverwegingen beslist, dat het Hilvarenbeeksche jachtrecht was ondeelbaar en onverdeeld; dat de titels, bepaaldelijk ook die van 1761, omtrent de straks vermelde verdeeling van het jachtveld volstrekt niet staven eene vaste en voortdurende verdeeling daarvan, krachtens welke elk halfheer, met uitsluiting van den anderen, zijn deel van het jachtveld verkreeg, en dat het ondeelbare en onverdeelde recht op de geheele jacht steeds in een deel van de heerlijkheid is uitgeoefend;

„dat, nu dit alles moet geacht worden vast te staan in cassatie, bij het beklaagde arr. geenszins de door het Hof uitdrukkelijk erkende mogelijkheid van *non-usu* teniet gaan van heerlijk jachtrecht te beperkt is genomen, maar integendeel het Hof te recht heeft beslist, dat, waar het aan verjaring blootstaande ondeelbaar en onverdeelde recht blijvend is uitgeoefend op een deel van het daaraan onderworpen, niet in vaste en voortdurende verdeeling gebrachte gebied, die uitoefening de verjaring van het recht op geheele jacht onderbroken heeft, terwijl deze met de algemeene

beginselen omtrent verjaring van zakelijk recht strookende beslissing te minder aanleiding kan geven tot cassatie, omdat geene der bij het *middel* aangehaalde wetsbepalingen iets omtrent de verjaring bijzonderlijk van jachtrecht bevat;

„O., aangaande de beide laatste *middelen* van cassatie, luidende: III, schending van a. 1 Kon. besluit van 8 Febr. 1815, *St.* n° 11, doordien het Hof de wettige possessie van de Staten-Generaal tot in het jaar 1794 bewezen heeft geoordeeld door het op 3 Maart 1790 aan P. B. in erfpacht uitgeven van de halve jacht van Hilvarenbeek en door het in 1798, of kort daarna, petitionneeren van de weduwe van genoemden P. B. aan de Eerste Kamer van het Wetgevend Lichaam des Bataafschen Volks ter zake van dat jachtrecht, daarbij echter uit het oog verliezend:

1°, dat bij gemeld besluit onder possessie verstaan wordt feitelijke machtsuitoefening, zoodat de daad van het in erfpacht uitgeven en transporteeren van de jacht door de Staten-Generaal, alsmede die van het petitionneeren door de weduwe B., dat is een niet naar buiten werkend optreden enkel door akten, ten onrechte als afdoend is aangemerkt;

2°, dat al is ook voor de bij het bedoelde besluit gevorderde possessie voldoende machtsuitoefening door een derde, die derde dan toch moet hebben bezeten voor hem die bezit beweert, zoodat ten onrechte voor het bewijs van het bestaan der wettige possessie in den jare 1794 als genoegzaam is beschouwd eene machtsuitoefening door de weduwe B., die voor zich zelve als eigenaresse bezat, en omtrent wie in elk geval niet is beslist, dat zij optrad voor de Staten-Generaal; en IV, schending van a. 1 Kon. besluit van 8 Febr. 1815, *St.* n° 11, en van a. 25 der Staatsregeling van 1798, j° a° 1902 B.-W., doordien het Hof heeft aangenomen, dat eene bezitsuitoefening van een heerlijk jachtrecht, ook kort na 1798, niettegenstaande de

afschaffing der heerlijke rechten, mogelijk was, en daaruit heeft geconcludeerd tot het bestaan van wettige possessie in 1794;

„dat deze *middelen* niet in aanmerking kunnen komen, daar, blijkens het hierboven overwogene, het onderwerpelijke jachtrecht in de vorige instantiën niet is bestreden op grond van gemis van de wettige possessie tot in 1794, die bij de besluiten van Willem I tot voorwaarde van herstel daarin is gevorderd, en het voor het eerst in cassatie voorstellen van dezen grond, zooals bij beide *middelen* wordt beproefd, ontoelaatbaar is;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt de eischers in de kosten."

N° 3460. — Arrest van 25 Januari 1895.

(A. 11 v. h. bij Kon.-besluit van 12 Aug. 1870, n° 22, goedgekeurd Reglement voor den Uithoornschen polder).

Zijn, volgens a. 11 *van het bij Kon. Besl. van* 12 *Aug.* 1870, *no* 22 *goedgekeurd Reglement voor den Uithoornschen polder, de veenderijfondsen verplicht om den aldaar bedoelden aanslag te betalen?* — Ja.

Blijft de verplichting, ook bij verandering in den plaatselijken toestand, bestaan zoolang niet het bovenvermelde Reglement door de daartoe bevoegde macht is opgeheven of gewijzigd?—Ja.

Zijn de Prov. Staten hunne bevoegdheid te buiten gegaan door het maken van genoemde bepaling, waardoor noch aan de veenderijfondsen eene nieuwe bestemming gegeven is, noch gehandeld is in strijd met de bij het middel *van cassatie aangehaalde Placaten?* — Neen.

Namens de Proc.-G. heeft de Adv.-G. Patijn in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De eischer in deze werd in 1888 even als vroeger in zijne qualiteit van administrateur der Veenderij-fondsen van den Uithoornschen polder in de lasten van dien polder

aangeslagen en, toen betaling geweigerd werd, door den nu verweerder als penningmeester van den polder een dwangbevel tegen hem uitgevaardigd, hierop volgde verzet en zoo ontstond dit proces, dat èn in eerste instantie èn later in appèl leidde tot de beslissing, dat de opposant werd verklaard kwaad opposant.

„Tegen het arr. wordt nu als *middel* van cassatie aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 10, 11, 12 van het bij Kon. Besl. van 12 Aug. 1870, n° 22, goedgekeurd Reglement voor den Uithoornschen polder; a. 98, 103 van het bij Kon. Besl. van 2 Aug. 1854, n° 52, goedgekeurd algemeen Reglement van bestuur voor de Waterschappen in Noord-Holland; a. 3, 15 en 17 der wet van 9 Oct. 1841, *St.* n° 42; a. 199 B.-R.; de placaten en ordonnantiën der Staten van Utrecht van 18 Aug. 1592, 11 Juli 1694, 12 Dec. 1711, 29 Juli 1767; het Kon. Besl. van 12 Mei 1825, n° 63, a. 138 der Prov.-wet van 10 Juli 1850, *St.* n° 39; a. 192, 146 en 148 Grw. van 1848, omdat het Hof, passeerende het aangeboden bewijs en ongeacht of de veenderij-fondsen slechts waren een cautie, eischers verzet tegen het dwangbevel verwerpende, eensdeels eene verkeerde interpretatie gaf aan a. 11 van het betrokken Reglement van den polder Uithoorn, en anderdeels voorbijzag dat de Staten, hadden zij niet a. 11, opgevat in den zin van het Hof, het *obligo* dier fondsen van een cautie tot een hoofdschuld vervormd, buiten hunne bevoegdheid zouden zijn getreden, zoodat het voorschrift onverbindende zou zijn.

„Tot recht verstand der zaak weet ik niet beter te doen, dan U uit het in Juni 1888 aan de Staten van Noord-Holland ingediend voorstel tot wijziging van het thans nog geldend bijzonder Regl. van bestuur voor den Uithoornschen polder, het navolgende mede te deelen: „Vóór

„dat — zoo schrijven Ged. Staten — het jongste Regl. „voor den Uithoornschen polder in werking trad, dus tot „in het jaar 1870, werden de lasten van dien polder, „*volgens oude liggers*, omgeslagen over 833 H. A. land en „verwaarborgd water. Die omslag moest toen plaats maken „voor heffing *naar de kadastrale maat*, doch bij het voor„bereiden dezer wijziging bleek het, dat noch de ligging, „noch de uitgestrektheid van het verwaarborgd water met „voldoende juistheid was aan te wijzen. Voor eene goede „regeling der schuldplichtigheid, zonder verplaatsing van „lasten, leverde dit een niet gering bezwaar.

„„Door de Staten is intusschen dit bezwaar op eene wel „ongewone, doch eenvoudige en doeltreffende wijze uit „den weg geruimd, was al het verwaarborgde water zelf „niet te vinden, tegenover den belastingheffer werd het „vertegenwoordigd door het waarborg-kapitaal. Bij a. 11 „van het Regl. werd daarom bepaald, dat de lasten, voor „het verwaarborgde water verschuldigd, zouden worden „geheven van dit kapitaal, uit welks bedrag de belastbare „oppervlakte moet worden afgeleid. Dit laatste kon ge„schieden omdat het bedrag der waarborgpenningen naar „de oppervlakte van den te verveenen grond was berekend".

„Zoo ontstond dus a. 11 van het Regl., dat in zijn drie eerste alinea's aldus luidt:

„Al het water, hetgeen verwaarborgd is wordt naar „denzelfden maatstaf als het land aangeslagen. De uitge„strekheid van het verwaarborgd water wordt bepaald naar „het bedrag der waarborgkapitalen.

„„Het geheele bundertal verwaarborgd water wordt op „den legger gesteld ten name van het bestuur der Veen„derij-fondsen van den Uithoornschen polder; de aanslag „daarvoor geschiedt ten name van het Bestuur".

„De aanslag was dus zeer zeker *formeel* in orde.

„Als hoofdgrief voerde echter — volgens het arr. — de opposant aan, dat al moge in 1870, tijdens de uitvaardiging van het Regl., omdat destijds het verwaarborgd water niet te vinden was, die wijze van heffing door de Prov.-Staten zijn ingevoerd, sedert dien' tijd de toestand van den polder, die destijds voor een groot deel uit water bestond, geheel is veranderd door de droogmaking der Legmeerplassen en het verdwijnen van het verwaarborgd water, waarvoor land is in de plaats gekomen, dat, volgens waterschaprecht, verwaarborgd water en land alleen verplicht zijn tot betaling van de polderlasten, dus niet meer de veenderij-fondsen, die alleen dienst deden als een soort waarborg-fonds; dat anders dubbel bundergeld zou worden geheven, in strijd met recht en billijkheid, eerst van de veenderij-fondsen en tevens van de drooggevallen landen, en nu overweegt het Hof, dat, wat er van die beschouwingen ook waar moge zijn, en afgescheiden van de andere tusschen partijen gemoveerde twistpunten, de beslissing van het geding daarvan onafhankelijk is, zoolang het Polder-Regl. van 1870 rechtsgeldig blijft bestaan, dat toch, zooals de 7e overw. luidt „nòch de verandering in „den plaatselijken toestand tengevolge der droogmaking, „noch de oorsprong en aard der veenderij-fondsen ontheffing „kan te weeg brengen van de verplichting dier fondsen „om den aanslag te betalen, zoolang het hierboven ver„melde Regl. van Bestuur, hetwelk den aanslag ten name „van het bestuur der fondsen gelast niet door de daartoe „bevoegde macht is opgeheven of gewijzigd; dat wettige „bepalingen al zijn het uitzonderingen op het gemeene „Recht, niet kunnen worden ter zijde geschoven, nòch „onder voorwensel dat die zijn onrechtvaardig of ver„ouderd, nòch uithoofde van een zoogenaamd algemeen en „onbeschreven waterschaprecht”.

„Volgens het *cassatie-middel* zou het Hof door die beslissing aan genoemd a. 11 eene verkeerde interpretatie hebben gegeven.

„Het is bekend, dat de toestand van den Uithoornschenpolder sedert 1870 aanmerkelijk is veranderd:

„Een groot deel van het gebied des polders — zoo lezen „we in het rapport van de Commissie van de Staten van „Noord-Holland van 18 Oct. 1888, — waaronder al, of „zoo goed als al, het verwaarborgd water ter oppervlakte „van 175½ hectaren, behoorde ook tot de Legmeerplassen, „zoodat bij de droogmaking van deze laatsten sedert 1873 „bijna al dat verwaarborgd water is drooggevallen, en „met aanzienlijken oppervlakten lands, die wegens hun on„regelmatigen uitspringenden vorm niet buiten te dijken „waren, buiten de nieuwe droogmakerijen getrokken, en „feitelijk van den Uithoornschen polder gescheiden is".

„Niettemin is men tot het nu voor het eerst gedaan verzet voortgegaan met het heffen van de lasten ten name van de veenderij-fondsen, ofschoon de bodem voor verreweg het grootste gedeelte geen *water* meer uitmaakte, terwijl uit het reeds aangehaald voorstel van Ged.-Staten van 20 Juni 1888 blijkt, dat het bestuur van den Polder „zich „niet vergenoegde met behalve van de veenderij-fondsen, „de lasten te blijven heffen van het oude land dat in de „droogmakerijen is opgenomen geworden, maar bovendien „eenige daarin gelegen gronden, ontstaan door de droog„making van niet verwaarborgd en daarom vroeger niet „schuldplichtig water, in den omslag te betrekken". Geen wonder dat de Ged.-Staten van Noord-Holland, dien toestand, waartoe de *letter* van het Regl. aanleiding gaf, wenschten te doen ophouden, en trachtten door eene nieuwe regeling die onbillijke toepassing van het Regl. onmogelijk te maken. In de najaarszitting der Staten werd evenwel

besloten het bestaande Regl. (behoudens eene kleine voor dit geding geen belanghebbende wijziging) onveranderd te laten.

„Wij hebben dus uitsluitend te doen met het Regl. van 1870 zoo als het nu luidt, en is nu door het Hof aan dit Regl. en speciaal aan a. 11 eene verkeerde interpretatie gegeven? m. i. neen.

„Was het de bedoeling geweest in 1870 het verwaarborgd *water* te belasten, dan zou zeker door het droogvallen van het daaronder gelegen land, de schuldplichtigheid van dit *water* om in den omslag bij te dragen door de droogmaking zijn vervallen, en dan zou, ook m. i., de opposant tot het door hem aangeboden bewijs dat vóór of in 1880 *al* het water was verdwenen, moeten worden toegelaten; maar zulks is m. i. niet de bedoeling geweest van den Prov.-wetgever. Volgens a. 12 van het Regl., wordt in overeenstemming met het Algemeen Regl. van bestuur voor de waterschappen in Noord-Holland, *water* dat als zoodanig op den kadastralen legger bekend staat en onverwaarborgd is in den omslag niet begrepen, en toen men in al. 1 van a. 11 bepaalde, dat al het *water* dat verwaarborgd is, naar denzelfden maatstaf als het land zal worden omgeslagen, geschiedde dit alleen, zoo als we gezien hebben, omdat men nòch de ligging nòch de uitgestrektheid van den verveenden en daaronder gelegen grond met juistheid kon aangeven, zoodat men, zooals de rechtb. in haar vonnis zegt, de uitdrukking „*verwaarborgd water*" bezigde voor „de „oppervlakte van den grond, die door verveening langzamerhand met water is bedekt", en men strekte die feiten nog verder uit door in al. 2 te bepalen, dat de uitgestrektheid daarvan zou worden bepaald naar het bedrag van de waarborgkapitalen; van daar dan ook, dat in de laatste alinea van het a. wordt bepaald, dat het bestuur

van de veenderij-fondsen jaarlijks vóór 1 Maart opgaaf moet doen van het bedrag der waarborgkapitalen, met aanwijzing van den maatstaf, wanneer de inleg per bunder is geschied.

„Op deze wijze werden de veenderij-fondsen, zoo als het in de acte van den Griffier der Staten van Noord-Holland, nu wijlen mr. JACOBI, genoemd wordt „*ingeland*" van den, polder als zoodanig aangeslagen, en werden de bepalingen van de a. in het Alg.-Regl. van bestuur voor de Waterschappen, die anders met de in a. 11 vervatte voorschriften in strijd zouden zijn, op het aldus in den omslag begrepen water niet toepasselijk verklaard.

„Neemt men dit niet aan, dan zou men tot de ongerijmde conclusie moeten komen, dat al ware ook bijna al het vroeger uitgeveende land weder droog gekomen, maar er was nog eene kleine oppervlakte *water* overgebleven, dan toch dit overgebleven kleine stukske zou moeten worden aangeslagen naar den door al. 2 van a. 11 bepaalden maatstaf en dus voor het geheel bundertal, dat het bedrag der waarborgkapitalen zou aanwijzen. Zulks kon nimmer de bedoeling van den Prov.-wetgever geweest zijn, en uit dien hoofde komt mij de door het Hof aan a. 11 gegeven interpretatie alleszins juist voor, en in overeenstemming met de opvatting van de Staten in 1870.

„En zoo kom ik tot de tweede vraag, waartoe het cassatie-*middel* aanleiding geeft, zijn de Staten door het in het leven roepen van a. 11 in die opvatting buiten hunne bevoegdheid getreden en mist het voorschrift daardoor zijn verbindende kracht?

„De bevoegdheid der Prov.-Staten om de inrichting en de reglementen der Waterschappen te veranderen, vloeit, zooals uwen Raad bekend is, voort uit a. 138 Prov.-w.

„De grenzen dier bevoegdheid zijn, zoolang de bij a. 188 Grw. voorgeschreven wet niet is tot stand gekomen,

nergens aangewezen, zooals o. a. ook door nu wijlen BUYS werd aangetoond in eene door hem in de najaarsvergadering der Prov.-Staten van Zuid-Holland van 1886 gehouden redevoering, waarin over den omvang dier bevoegdheid een uitvoerig debat plaats had. Alleen 's Konings goedkeuring op de in die gevallen door de Staten vast te stellen besluiten wordt gevorderd, maar voor 't overige is de macht van de Staten te dien opzichte onbeperkt, zoodat terecht mr. C. P. DONKER, in zijne in 1886 verdedigde dissertatie: „Iets over Dijk- en Polderlasten", mocht schrijven (bl. 45) „daar waar de wetgever regelt en bepaalt of waar „'s Konings oppertoezicht geschonden zou worden, alléén „daar zullen wij den Prov.-wetgever in zijne wetgeving „voor de waterschappen voor onbevoegd moeten houden".

„Deze opvatting heeft dan ook voorgezeten bij tal van Besluiten, die in onderscheidene provincien onder 's Konings oppertoezicht, ten aanzien van de waterschappen en hunne reglementen zijn genomen, waarbij niet zelden ook voorschriften gegeven worden omtrent de aan de waterschappen toebehoorende bezittingen en fondsen, en bij 's H.-Rs arr. van 11 Maart 1892 (V. D. HON. B.-R. LVIII, 144), werd een beroep in cassatie tegen een door het Gerechtshof te Leeuwarden gewezen arr., waarbij de Staten bevoegd geoordeeld werden te beschikken over de fondsen aan een door hen in een waterschap veranderd veenschap toebehoorend, verworpen op grond dat a. 138 Prov.-w. dergelijke uitoefening van de daarbij aan de Staten gegeven bevoegdheid niet verbood.

„Zijn nu de Staten van Utrecht in 1870 buiten hunne bevoegdheid getreden, door het maken van de in a. 11 van het Regl. vervatte bepaling?

„Ter beantwoording van die vraag dient men m. i. wel te letten op den toestand van den polder, zooals die was in 1870.

„Neemt men met den eischer in cassatie en met de commissie uit de Staten in 1888 aan, dat door het droogvallen der gronden het *land* weder omslagplichtig was geworden en dat de borg (het veenderij-fonds) dus niet meer behoefde te worden aangesproken, dan kan ik begrijpen, dat men in 1888 het betoog voeren kon: „de Staten mogen den weder solvent geworden debiteur niet vrijlaten en den borg aantasten", dat men sprak van „het privaatrecht, dat op den bodem der quaestie lag", maar dit alles heeft geen betrekking op den toestand van 1870, toen het *land* nog onder water lag, toen er nog niets anders was dan verwaarborgd *water* en de debiteur alzoo *niet solvent* was, en nu is het opmerkelijk, dat de commissie uit de Staten, die zich in 1888 niet vereenigde met het voorstel van Ged.-Staten, na betoogd te hebben dat de „oorsprong van de veenderij-fondsen geenszins was afkoop" en dat hunne bestemming alleen was garantie, zakelijke borgtocht of *zekerheidstelling*", niettemin (bl. 4) a. 11 van het vigeerend regle-„ment daarmede volkomen in overeenstemming" achtte. Zij zegt er van: „De maatregel was er een van formeelen aard, „*verplaatste den schuldplicht niet*, en diende alleen om den „aanslag, welke toch bij den borg zou zijn terecht gekomen, „en door hem zou zijn betaald, rechtstreeks aan den borg te adresseeren". Zelfs in het systeem des eischers had er dus volgens de commissie uit de Staten, geen vervorming van *cautie* tot *hoofdschuld* plaats, maar hebben wij ook m. i. alleen te denken aan eene regeling van schuldplichtigheid, waartoe de Staten, volgens a. 138 Prov.-w. alleszins bevoegd waren.

„Nog eerder is zulks het geval, wanneer wij de veenderijfondsen van den Uithoornschen Polder mogen beschouwen als een *zelfstandig fonds* met publiekrechtelijke bestemming, waarvoor m. i. in de daad veel is te zeggen.

„De H.-R. zal zich uit de gevoerde pleidooien herinneren, dat omtrent den aard dier fondsen tusschen de Gedeputeerde Staten van Noord-Holland en den Griffier, nu wijlen den heer JACOBI eenerzijds en de meerderheid uit de Prov. Staten anderzijds verschil van gevoelen bestond, dat tot verwerping van het in 1888 gedane voorstel geleid heeft.

„Beide partijen beroepen zich op de Placaten en Ordonnantien van de Staten van Utrecht en wel voornamelijk die van de jaren 1592, 1694 en 1767, waarvan de bewoordingen en bepalingen nu eens voor de eene dan weder voor de andere opvatting schijnen te pleiten, zoodat men m. i. gerechtigd is tot het uitspreken van den twijfel of men zich destijds wel een juist begrip van het juridiek karakter van die *waarborgfondsen*, zooals zij meestal genoemd worden, gevormd heeft. Ik word in dien twijfel bevestigd, waar ik in de U zooeven genoemde dissertatie lees (pag. 16): „Men moet niet uit het oog verliezen dat het oude „dijkrecht, waarvan de oorsprong reeds in den Saksen- „spiegel te vinden is, door zijne innige verwantschap met „het geheele Germaansche recht, waarvan het een onderdeel „bleef uitmaken, met dit Recht den karaktertrek gemeen „heeft, van zich niet met scherp afgebakende rechtsbe- „grippen of streng doorgevoerde rechtsystemen op te houden".

„Bovendien mag men m. i. bij het lezen der uitdrukkingen in die oude stukken voorkomende, niet vergeten, dat zij gebruikt werden onder andere omstandigheden, en met het oog op andere toestanden dan die nu bestaan.

„Den oorsprong der veenderij-fondsen vinden we in het placaat van de Staten van Utrecht op de verveeningen van 18 Aug. 1592, waar we lezen: „dat niemand eenige landen „en sal mogen steecken ofte breecken om te slachtorven, „tenzij hij alvorens voor elcke morgen, die hij sal begeeren „inne te steecken voor het supportement van de jaarlijkse

„ongelden tot waarborgestellen ende verbinden, ende doen „stellen ofte verbinden sal eene morgen goed lands, ende „bij gebreke van dien, sal hij gehouden wesen, onder den- „selven gerechte te consigneeren de somma van vijftigh „gulden voor elcke morgen, die hij begeren sal inne te „steecken, en sullen die van den voorz. gerechte gehouden „wesen deselve somme van penningen dadelijk oprenten te „doen leggen, ende suffisantelijk te doen bevestigen, ten „eynde men (des noods zijnde) die jaarlijkse ongelden daaraan „zal mogen verhaalen, daarvoor al sodanige hoofdsomme „ende jaarlijkse rente met het hypteecq van dien, sullen wesen „ende blijven verbonden". Die bestemming heeft het fonds, al werd ook het bedrag der te consigneeren som successievelijk verhoogd tot f 100, f 200 en f 300, behouden. Zoo lezen we in de ordonnantie van de Staten van Utrecht van 29 Juli 1767, dat dit fonds zal moeten dienen: „omme het „provenue van dien aangelegt of geemployeerd te worden „tot een fonds, waaruit bij verloop van tijden de reëele „en Personeele ongelden van de vergraven landen, in cas „van versterf, onvermogen en wanvoldoening van de laatste „possesseurs van dien zal kunnen verhaald ofte gevonden „worden".

„Werd alzoo de bestemming van het Fonds duidelijk aangewezen, even zeker is het m. i., dat bij de oprichting daarvan nimmer aan teruggaaf van het gestorte bedrag heeft gedacht, om de eenvoudige reden, dat men destijds nog niet dacht aan de weder-droogmaking der uitgeveende plassen, zoodat men bij *dit waarborg*fonds niet denken mag aan de latere waarborg- en slikfondsen, die bestemd zijn om bij het voltooien van den nieuwen polder aan de ondernemers te worden teruggegeven. Eerst op 3 Maart 1790 bepalen de Staten van Utrecht: „dat geene thans nog on- „ingestoken Polders of Districten zullen mogen worden ter

„verveeninge ingestoken, tenzij alvorens daartoe bij ons „permissie zal zijn verleend en zonder dat tevens een plan „van Droogmakinge aan ons werd gepresenteerd en gear- „resteerd”.

„Werd dus in het laatst der 16e eeuw, en later, vergunning tot verveening gegeven, dan dienden de door de veenlieden te storten gelden aanvankelijk alleen tot meerdere zekerheid voor de voldoening der lasten, die door hen moesten betaald worden, ook wanneer de grond zelf was te loor gegaan, *en in dien zin* mag men m. i. spreken van eene subsidiaire of secundaire zekerheid, omdat vooral in den beginne de personeele aansprakelijkheid van den eigenaar van den grond bleef bestaan, zoolang niet al de grond verveend was of door hem een ander stuk goed land als waarborg voor de richtige betaling der ongelden was aangewezen.

In overeenstemming met die opvatting was dan ook de bepaling in het Placcaat van 1592: „Des sal niettemin „den eygenaar van deselve (d. i. van de gestorte gelden) „de vors. jaarlijkse rente mogen heffen ende genieten, soo „lange hij sijne ommeslagen, soo van de dijckagie als van „andere onkosten wel betaalt”. Ruim een eeuw later evenwel bepalen de Staten in a. X van de Ordonnantie van 11 Juli 1694 dat de „interessen zelfs mede tot avancement van de „voorz. fonds oplopen sullen, tot tyd en wylen toe by ons „anders dienaangaande zoude mogen worden geresolveert”. Bij de ordonnantie van 29 Juli 1767 wordt evenwel weer bepaald: „dat de veenlieden, die de ongelden van hare „ingestokene of verveende landen jaarlijks komen te voldoen, „ook genieten sullen renten van hunne ingelegde Capitalen”.

„Stel ik mij de zaak juist voor, dan moet in den loop der tijden, door de steeds voortgaande verveening en het daardoor meer en meer verdwijnen van den grond en het overblijven van waterakkers, die niet zelden werden ge-

abandonneerd, dit fonds meer en meer zijn subsidiair karakter verloren hebben, zoodat het ten slotte voor verreweg het grootste deel de *eenige* waarborg werd voor de betaling der lasten, en zoodoende als van zelf het karakter verkreeg van een zelfstandig fonds, waarover de overheid de vrije beschikking behield, in hoofdzaak bestemd om uit de renten daarvan te voorzien in de omslagen, die nu niet meer van de eigenaars der gronden konden ingevorderd worden, ik zeg „in hoofdzaak", want het fonds diende tevens om daaruit verschillende onkosten, salarissen enz. te voldoen.

„Dat dit werkelijk de loop der zaken is geweest volgt m. i. uit hetgeen wij lezen in de ordonnantie van 1767, waarin niet alleen de bestemming van het fonds reeds eenigszins anders dan in het Placcaat van 1592 wordt omschreven, maar waarin wij ook deze woorden aantreffen: „Ende also vele waterakkeren in vorige tijden geheel of „gedeeltelijk zonder consignatie van penningen of onver- „waarborgd zijn blijven leggen ende andere, ingevolge „van voorgaande Placcaten, alleenlijk met 50, 100 of 200 „guldens zijn verwaarborgd geworden, waaruit de ver- „schuldigde ongelden niet kunnende gevonden worden, zeer „vele derselver van tijd tot tijd geabandonneerd en aan „de gerechten vervallen zijn", — waarna a. XVIII dier ordonnantie omtrent „de Kasse der Inlegpenningen" bepaalt: „en zal het overschot der Rente ten contoire van „Haar Ed. Mog. moeten worden beleid, en uit de renten „van dien gevonden hetgene voor de oude akkers aan het „gerecht geabandonneerd te weinig is ingebragt".

„Terecht mocht m. i. dan ook de heer Jacobi (bl. 10) schrijven: „Toen dan ook de Prov.-Staten, onder goed- „keuring des Konings, in 1870, de veenderij-fondsen van „Uithoorn bestemden voor de betaling der lasten van het

„verwaarborgde water aan den Uithoornschen Polder, hebben „zij slechts nagevolgd, wat hunne voorgangers sedert „eeuwen hebben gedaan, namelijk bepaald op welke wijze „de fondsen het best aan hunne bestemming zouden kunnen „beantwoorden".

„De Staten hebben m. i. in 1870 rekening gehouden met den feitelijken bestaanden toestand, t. w. dat in plaats van het te loor gegane oude onderpand, de *grond*, was getreden een ander onderpand, *de kasse der veenderij*, zooals het in 1767 genoemd wordt of het veenderij-fonds.

„Afgescheiden van de vraag, aan wie dit fonds ten slotte zal blijken toe te behooren, staat het vast, dat het was een fonds met eene publiekrechtelijke bestemming, en zoolang men niet kan aanwijzen eenige wetsbepaling, die de Prov.-Staten onbevoegd verklaart, daaromtrent bij het vaststellen van het bizonder Regl. van bestuur voor den polder voorschriften te geven, zoolang acht ik de Staten alleszins bevoegd tot het vaststellen van eene bepaling als wij in a. 11 van dit regl. aantreffen, — en dat zoodanig regl. zoolang het niet door de bevoegde macht is opgeheven of gewijzigd, van kracht blijft, zoo als het Hof besliste, komt mij alleszins juist voor.

„Daar mij alzoo het voorgestelde *middel* ongegrond voorkomt, heb ik de eer te concludeeren tot verwerping van het ingesteld beroep, met veroordeeling van den eischer qq. in de kosten".

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O., dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de artt. 10, 11 en 12 van het bij Kon. besluit van 12 Aug. 1870, n° 22, goedgekeurd Regl. voor den Uithoornschen polder; a. 98 tot 105 van het bij Kon. besluit van 2 Aug. 1854, n° 52, goedgekeurd alg. regl. van

bestuur voor de waterschappen in Noord-Holland; de artt 3, 15 en 17 der wet van 9 Oct. 1841, *St.* n° 42; art. 199 *B.-R.*; de placcaten en ordonnantiën der Staten van Utrecht van 18 Aug. 1592, 11 Juli 1694, 14 Juli 1696, 12 Dec. 1711 en 29 Juli 1767 (Groot Utrechtsch Placaatboek I, 664—667 en tweede vervolg, bl. 68—125); het Kon. besluit van 12 Mei 1825, n° 63; art. 138 der Provinciale wet van 10 Juli 1850, *St.* n° 39; de artt. 192, 146 en 148 der Grondwet van 1848, omdat het Hof, passeerende het aangeboden bewijs en ongeacht of de veenderij-fondsen slechts waren eene cautie, eischers verzet tegen het dwangbevel verwerpende, eensdeels eene verkeerde interpretatie gaf van a. 11 van het betrokken regl. van den polder Uithoorn, en anderdeels voorbijzag, dat de Staten, hadden zij met a. 11, opgevat in den zin van het Hof, het obligo dier fondsen van eene cautie tot hoofdschuld vervormd, buiten hunne bevoegdheid zouden zijn getreden, zoodat het voorschrift onverbindend zou zijn;

„O. dat alzoo bij het *middel* in de eerste plaats wordt beweerd, dat het Hof eene verkeerde uitlegging zoude hebben gegeven aan a. 11 van het genoemde Regl.;

„O. dat dit a., voor zooverre het hier in aanmerking komt, luidt: „Al het water, hetgeen verwaarborgd is, wordt naar denzelfden maatstaf als het land aangeslagen. De uitgestrektheid van het verwaarborgd water wordt bepaald naar het bedrag der waarborgkapitalen. Het geheele bundertal verwaarborgd water wordt op den legger gesteld ten name van het Bestuur der veenderij-fondsen van den Uithoornschen polder; de aanslag daarvoor geschiedt ten name van het Bestuur";

„O. dat het Hof in de 7e overw. van het bestreden arr. heeft geoordeeld, dat volgens deze bepaling de veenderij-fondsen verplicht zijn om den aanslag te betalen; dat noch

de verandering in den plaatselijken toestand, noch de oorsprong en aard dier fondsen ontheffing van die verplichting kan teweeg brengen, en dat die verplichting blijft bestaan, zoolang niet het bovenvermelde regl. van bestuur, hetwelk den aanslag ten name van het bestuur der fondsen gelast, door de daartoe alleen bevoegde macht is opgeheven of gewijzigd;

„O. dat deze uitlegging, door het Hof gegeven van a. 11, volkomen juist is; — dat toch uit de bepaling, dat het verwaarborgd water op den legger wordt gesteld ten name van het bestuur der veenderij-fondsen, en dat de aanslag geschiedt ten name van dat bestuur, blijkt dat, volgens het reglement, de veenderij-fondsen belastingplichtig zijn, terwijl de bepaling, dat de uitgestrektheid van het verwaarborgd water wordt bepaald naar het bedrag der waarborgkapitalen, niet de strekking heeft om het verwaarborgd water belastingplichtig te verklaren, maar enkel om den maatstaf aan te geven, naar welken de aanslag moet geschieden;

„O. dat het Hof voorts te recht heeft geoordeeld, dat het reglement van bestuur, waarvan in deze sprake is, niet ophoudt van kracht te zijn door verandering van plaatselijke toestanden, welke misschien aanleiding kunnen geven tot eene afschaffing of wijziging, maar alleen door eene wetgevende handeling van de bevoegde macht;

„O. dat alzoo het eerste onderdeel van het *middel* is ongegrond;

„O. dat in de tweede plaats wordt beweerd, dat, zoo de door het Hof aan art. 11 gegeven uitlegging, juist is, de Prov. Staten hunne bevoegdheid zouden zijn te buiten gegaan;

„O. dat blijkens de toelichting van het *middel* deze bewering hierop neerkomt, dat de veenderij-fondsen oorspronkelijk de bestemming zouden hebben gehad om te strekken tot waar-

borg of cautie voor de betaling der waterschapslasten, welke op het uitgeveende land niet meer verhaalbaar waren, terwijl zij door de bepaling van het regl. zouden zijn geworden hoofdschuldenaar; dat alzoo de Staten eene subsidiaire schuldplichtigheid zouden hebben veranderd in eene principale schuldplichtigheid en daardoor zouden zijn getreden op privaatrechtelijk gebied, waartoe zij onbevoegd waren;

„O. te dien aanzien, dat, daargelaten de vraag of de veenderij-fondsen niet hadden eene publiekrechtelijke bestemming, waaromtrent de Staten tot regeling bevoegd waren, de bij het middel gevoerde bewering alleen dan in aanmerking zou kunnen komen, wanneer het vaststond dat die fondsen oorspronkelijk slechts een subsidiair karakter van waarborgfondsen hadden gehad;

„O. dat dit evenwel niet het geval is, omdat (gelijk tusschen partijen *in confesso* is) reeds vóór 1870, bij het waardeloos worden der uitgeveende gronden, van een aanslag van dezen in de polderlasten, welke subsidiair op de fondsen zou verhaald geworden zijn, zoo weinig sprake was, dat de kennis van de juiste ligging en grootte dier gronden verloren was gegaan;

„dat, waar dus geen hoofdschuld bestond, eene cautie, in den zin die bij het *middel* aan dit woord gegeven wordt, onbestaanbaar was;

„dat de Staten, door onder die omstandigheden voor te schrijven dat de aanslag direct geschieden zou ten name van het besteur der veenderij-fondsen, aan deze fondsen geene nieuwe bestemming gegeven hebben, en evenmin gehandeld in strijd met de bij het *middel* aangehaalde Placaten, omdat in geen daarvan het blijvend bestaan eener hoofdschuld, die op den grond zou drukken met subsidiaire aansprakelijkheid der fondsen, uitgesproken is;

„O. dat mitsdien ook het tweede onderdeel van het *middel* niet kan opgaan;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer qq. in de kosten".

N° 3461. — Arrest van 1 Februari 1895.

(A. 1902, 1903. 1952—1954 B.-W. j° a° 18 en 37 der wet van 28 Aug. 1851, *St.* n° 125).

Staat 's rechters beslissing omtrent den inhoud van zeker vonnis als feitelijk, in cassatie vast? — Ja.
Moet, waar door den rechter is uitgemaakt, dat het dispositief van zeker vonnis verband houdt met de in eene overw. daarvan gegeven beslissing omtrent eenig punt, die beslissing, ofschoon niet in de woorden van het dispositief opgenomen, evenzeer als de inhoud zelf daarvan geacht worden te behooren tot het onderwerp van dit vonnis? — Ja.
Is in cassatie de beslissing omtrent den omvang eener overeenkomst onaantastbaar? — Ja.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. Patijn in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Op 22 Dec. 1890 werd door de arr.-rechtb. te Amsterdam in eene onteigeningsprocedure tusschen de gemeente Nieuwer-Amstel en de gezamenlijke erfgenamen van wijlen J. D. B. een vonnis gewezen, waarvan de eerste overw. *in jure* aldus luidt:

„„O. dat het navolgende wordt vooropgesteld: dat tot „de door de onteigenende partij aan te leggen werken als „noodzakelijk gevolg de zoogenaamde bijwerken behooren, „als daar zijn afscheidingen, beschoeingen, bij water-over„brugging, uitbaggering, uitkroozing en alle mogelijke te „dien aanzien vereischte telkens wederkeerende onderhouds„kosten;

„dat hieruit volgt, dat het werk te dezen opzichte geen „nadeel aan de partij, die onteigend wordt, kan ver„oorzaken, daar de eischer qq deze bijwerken ten zijnen „laste zal moeten doen uitvoeren en ook het onderhoud „voortdurend als eene op hem berustende verplichting, ten „zijnen koste komt en door hem behoort te worden gedragen, „weshalve de door deskundigen daarvoor uitgetrokken be„dragen in geen geval bij de bepaling der toe te kennen „schadevergoeding in aanmerking kunnen worden gebracht".

„Het dispositief van het vonnis spreekt de onteigening uit van diverse perceelen en bepaalt het bedrag der schadeoosstelling op f 21,322.50.

„Na de beëindiging der onteigeningsprocedure verkreeg de nu verweerderesse in cassatie den eigendom van de aan de erven B. toebehoord hebbende nu niet in de onteigening begrepen perceelsgedeelten en vorderde nu van de gemeente Nieuwer-Amstel het, ten haren koste, aanleggen en onderhouden van een brug over de vaart en uitgang met twee opritten.

„Deze vordering werd door de arr.-rechtb. te Amsterdam toegewezen en het vonnis werd bevestigd bij het arr. van het Hof aldaar, waartegen deze voorziening is gericht.

„Eischer qq. stelt als *eerste middel:* schending en verkeerde toepassing van de a. 1954, 1952, 1953, 1902 en 1903 B.-W. 18 en 37 der wet van 28 Aug. 1851, *St.* n° 125, omdat het Hof aan het onteigeningsvonnis, u zoo even genoemd, gezag van gewijsde toekent voor de vraag of de eischende gemeente tegenover de verweerders verplicht is de bedoelde brug en uitgang met twee opritten te maken en onderhouden, hoewel dit vonnis de oplegging dezer verplichting niet ten onderwerp heeft, noch hebben kan, daar de rechter bij onteigening slechts over de onteigening en de schadeloosstelling uitspraak te doen en geene ver-

plichting van werken, waaromtrent partijen het niet eens zijn, opleggen kan, — en dan ook eene zelfstandige beslissing van het Hof, gegrond op feiten en stukken buiten het gewijsde, noodig is om de verplichting ten aanzien van deze bepaalde werken te doen aannemen.

„Twee vragen doen zich daarbij m. i. aan ons voor.

a, staan we hier voor eene feitelijke beslissing?

b, zoo neen, is dan de interpretatie door rechtb. en Hof aan het onteigeningsvonnis gegeven, redelijk en juist?

„Ad. *a*. Ik kan niet ontveinzen, dat mij de beantwoording dezer vraag uiterst moeielijk voorkomt. Let ik op de door den geachten pleiter voor den eischer aangehaalde schrijvers en op de uitspraak van DALLOZ (v. *Chose jugée* n° 20) waar we lezen: „Il ne faudrait pas induire de là, du reste, „que des énonciations qui se réfèrent à la chose jugée „soient dans le domaine de l'appréciation discrétionaire des „juges au fond: loin de là ces appréciations laissent au „pouvoir réformateur de la cour suprême tout son empire, „et à l'égard de la chose jugée.... cette cour n'est jamais „liée par les contestations des juges du fond", dan pleit inderdaad veel voor het gevoelen, dat de H.-R. zich de vraag zou kunnen stellen of niet de rechter, bij het toekennen van gezag aan een gerechtelijk gewijsde, gegaan is buiten het onderwerp; — maar van den anderen kant is het niet twijfelachtig of we hebben hier te doen met de uitlegging van een vonnis, en dit wel in de eerste instantie, door den zelfden rechter, die ook het onteigeningsvonnis had gewezen. En nu is het niet de eerste maal, dat van deze plaats betoogd wordt, dat de uitlegging van een vonnis uitsluitend behoort bij den *judex facti*, zoodat daarop in cassatie niet kan worden teruggekomen, ik denk daarbij aan de conclusie van nu wijlen mr. GREGORY, voorafgaande aan een arr. van den H.-R. van 18 Nov. 1853,

(v. d. Hon., *B.-R.* XVII, 214), waarin reeds verwezen wordt naar een arr. van den 17n Jan. 1850; aan de conclusie van wijlen mr. Smits, voorafgaande aan 's H.-Rs arr. van 18 Juni 1875 (*Rechtspr.* CX § 30; v. d. Hon, *B.-R.* XL, 380) en aan de conclusie van mr. Römer, voorafgaande aan uw arr. van 6 April 1882, (*Rechtspr.* CXXX § 43; v. d. Hon., *B.-R.* XLVII, 297) in al welke zaken de H.-R. zich met het daarin verdedigd gevoelen vereenigde.

„Mij gedragende aan die beslissingen komt het mij dan „ook voor, dat, waar het Hof overweegt, dat de eerste „rechter op juiste gronden, waarmede het Hof zich ver„eenigt, heeft aangenomen, dat bedoelde overw. — (u in „den aanvang mijner conclusie medegedeeld) — inhoudt de „beslissing over de vraag: ten wiens laste de bijwerken en „het onderhoud daarvan behoorden te komen, dat hiertoe „de gevorderde werken behooren, en dat deze beslissing „ook is een der bestanddeelen, waarvan noodzakelijker „wijze afhankelijk werd gesteld de vaststelling van het be„drag, dat de schadevergoeding moest worden uitgekeerd", wij staan voor eene feitelijke beslissing die, de vraag van de juistheid daarvan daargelaten, de rechter in cassatie heeft te eerbiedigen.

„Gesteld echter dat de Raad een ander gevoelen mocht zijn toegedaan, dan staan we voor de tweede door mij gestelde vraag.

„ad *b.* Het antwoord daarop is afhankelijk van deze andere: hebben we alléén op het dispositief of het dictum van het vonnis te letten, dan wel mede op hetgeen voorkomt in de overwn, die aan de slotuitspraak voorafgaan.

„Daarover wordt, zooals o. a. Diephuis III, 243 schrijft, „verschillend gedacht". Onder verwijzing naar de door hem „genoemde schrijvers, herinner ik alleen, dat deze schrijvers „met Opzoomer, al zij het dan ook op andere gronden,

„tot de conclusie komt, dat „eene beslissing niet alleen „gelegen [is] in de toewijzing of ontzegging van den eisch — „maar dat zij ook omvat en voornamelijk betreft datgene, „waarvan dat een of ander slechts een natuurlijk gevolg „en toepassing is", terwijl hij bl. 245 schrijft: „Nu moge „het zijn, dat een vonnis zich omtrent den naasten grond „der toewijzing of ontzegging van den eisch enz. niet in „den vorm eener beslissing uitlaat, dat de eigenlijke uit- „spraak, de beschikking van het vonnis, zich tot die toe- „wijzing of ontzegging enz. bepaalt, terwijl de naaste grond „daarvan zich, wat den vorm betreft, onder de daartoe „leidende overw^n of gronden verschuilt; voor het wezen der „zaak doet dit niets af, het bestanddeel der beslissing is „toch aanwezig, en gereedelijk uit het geheel op te maken".

„Zoo besliste ook de H.-R. bij zijn arr. van 17 Mei 1883 (*Rechtspr.* CXXXIV § 7; v. D. Hon., *B.-R.* XLVIII, 380) „dat a. 1954 B.-W. „handelende over het wettelijk vermoeden „aan een rechterlijk gewijsde te ontleenen, het oog heeft „op de daarin voorkomende *beslissingen*, geenszins op het „feit der veroordeeling".

„Nu moge het *in casu* waar zijn, dat het vonnis in zijn dispositief niet meer behelst dan eene uitspraak omtrent de onteigening en eene beslissing omtrent het bedrag der schadeloosstelling, toch is het lang niet onverschillig uit de overwegingen na te gaan, hoe de rechter tot de bepaling van het bedrag dier schadeloosstelling gekomen is, en wanneer we dan zien, dat de rechtb. uitdrukkelijk verklaart, dat zij de door de deskundigen uitgetrokken som voor de werken, waarvan nu de aanleg wordt gevorderd, niet in aanmerking neemt, omdat de onteigenende partij die bijwerken ten haren koste moet doen uitvoeren, dan valt het, ook m. i., niet te ontkennen dat „deze beslissing is een der bestanddeelen, „waarvan noodzakelijkerwijze afhankelijk werd gesteld de

„vaststelling van het bedrag, dat als schadevergoeding „moet worden uitgekeerd", zoodat — zooals het in de 3e overw. van het arr. luidt — „de overweging van het vonnis „dan ook wel niet anders kan worden opgevat dan als „inhoudende eene beslissing of uitspraak omtrent de vraag „ten wiens laste de door onteigening noodzakelijk geworden „bijwerken moeten komen, en in de laatste woorden der „overweging ook duidelijk te lezen is het door den rechter „bedoelde verband tusschen deze beslissing en die omtrent „de bovendien te betalen schadeloosstelling".

„In het *middel* wordt nog gezegd: het vonnis kon de verplichting tot het maken en onderhouden dier bijwerken niet ten onderwerp hebben, daar de rechter bij onteigening slechts over de onteigening en de schadeloosstelling uitspraak heeft te doen en geen verplichting omtrent het maken van werken, waaromtrent partijen het niet eens zijn, kan opleggen; maar wat dit laatste betreft, zoo verwijs ik naar de laatste alinea van de 3e overw. *in jure* van het arr., waarin het Hof zegt: „dat wel is waar in gezegde „overw. (t. w. die van het onteigeningsvonnis) de gevorderde „werken niet bepaald zijn aangeduid, en meer in het al„gemeen de bijwerken genoemd, doch over deze werken „tusschen partijen in de onteigeningsprocedure geen verschil „heeft bestaan, daar uit het, bij de comparitie van partijen „voor den Rechter-commissaris, door den procureur van „den appellant q.q., toen eischer, gedane aanbod voldoende „blijkt van de erkenning van de noodzakelijkheid *der werken*, „*waarvan de uitvoering thans wordt gevraagd*, terwijl ook uit „het rapport der deskundigen volgt, dat de gevorderde „werken voor de niet-onteigende perceelsgedeelten nood„zakelijk zijn, ten einde communicatie te verkrijgen met „den publieken weg, welke door den aanleg der werken, „waarvoor de onteigening was verkregen, was verloren en

„wordt gemist"; en wat de eerste aanmerking betreft, moet ik opmerken eensdeels, dat we hier niet te doen hebben met een beroep in cassatie tegen het nu in kracht van gewijsde gegaan onteigeningsvonnis, en ten andere, dat het niet de vraag is, wat dit vonnis had behooren in te houden, maar wat het werkelijk inhoudt, en dan is, zooals ik reeds zeide, m. i. niet twijfelachtig of de rechter besliste, dat die bijwerken noodig waren en door de onteigenende partij moesten gemaakt worden, de, volgens het vonnis, eenige reden, waarom zij de daarvoor door deskundigen uitgetrokken bedragen bij de bepaling der schadeloosstelling niet in aanmerking nam.

„Aan het eerste vereischte om zich op het gezag van het gerechtelijk gewijsde te mogen beroepen, is alzoo m. i. voldaan.

„Eischer stelt echter als *tweede middel:* schending en verkeerde toepassing van de a. 1954, 584, 625, 626, 668, 721 en 877 B.-W., omdat het Hof aanneemt, dat het recht om het maken en onderhouden van de bedoelde werken te vorderen, — gesteld dat dit bij het vonnis van 22 Dec. 1890 aan den onteigenden is toegekend, — toekomt aan de verweerders, hoewel geene partij in het vonnis, omdat aan haar de eigendom van de niet-onteigende perceelen is overgegaan, doch ten onrechte, daar dergelijk recht om het maken van werken op ander terrein te vorderen niet in den eigendom begrepen is, van eene erfdienstbaarheid geen sprake kan zijn, en de vordering noch op cessie noch door erfrecht op de verweerders is overgegaan.

„Hoewel ik erken, dat in de overw^{n} van het vonnis der rechtb. uitdrukkingen voorkomen, die aan eene cessie of erfpacht zouden kunnen laten denken, zoo komt het mij echter voor, dat van eigenlijk gezegde *cessie* geen sprake kan zijn, — en de omstandigheid, dat de werken geheel

en uitsluitend moesten strekken ten dienste van de niet-onteigende perceelen, — zooals we in het arr. lezen, — wettigt m. i. evenmin het bestaan eener *erfdienstbaarheid* aan te nemen. Veeleer zouden we kunnen denken aan verplichtingen uit het vonnis voortvloeiende, „qui (zooals DEMO-„LOMBE XII n° 284, ze noemt), sans affecter directement „la chose d'un droit réel, ont néanmoins aussi un certain „caractère de réalité", — maar waar a. 1954 B.-W. sprekende van het kunnen inroepen van het gezag van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest, den eisch stelt, dat het tusschen *dezelfde partijen* zij gewezen, daar hebben we niet alleen aan dezelfde individuen, die in dat vonnis tegenover elkander stonden, te denken, maar ook aan hunne erfgenamen en rechtverkrijgenden. Ik verwijs hier naar DIEPHUIS III, 252, die, na te hebben aangetoond dat ook de erfgenamen de kracht van zoodanig gewijsde kunnen inroepen, met een beroep op tal van schrijvers leert: „Dit „geldt ook van *rechtverkrijgenden*, voor zoover zij opvolgers „zijn, en na het vonnis, dat ten voor- of ten nadeele van hunnen „voorganger is gewezen, in de plaats van dezen zijn ge-„komen. Er is identiteit van partij (o. a.) wanneer het latere „geding het recht betreft van hem, die onder algemeenen „of bijzonderen titel in de plaats is getreden van dengene, „voor wien vroeger over dat recht werd gestreden".

„Waar het alzoo de vraag geldt of de verweerders in deze waren *rechtverkrijgenden* van de erven B., tegen wie het onteigeningsproces werd gevoerd, daar mocht m. i. ter bestrijding van het *tweede middel* met recht een beroep worden gedaan op uw arr. van 24 April 1884 (*Rechtspr.* § 60, v. D. HON. B.-R., XLIX, 360), waarbij, in overeenstemming met vroegere arr., beslist werd, dat onder *rechtverkrijgenden* ook de opvolgers in den eigendom krachtens bijzonderen titel begrepen zijn.

„Ik weet, dat de geachte pleiter voor den eischer niet de eenige is, die ten aanzien van de daarbij behandelde rechtsvraag eene andere meening is toegedaan, men zie de belangrijke conclusie van mijnen ambtsvoorganger, nu wijlen Mr. Smits, voorafgaande aan het U zooeven geciteerd arr., waarin hij zoowel de schrijvers vermeldt, die de ook door hem gehuldigde leer zijn toegedaan, als de anderen, die eene tegenovergestelde leer aannemen, en waartoe men nu ook, naar het mij voorkomt, Land (III, 1e st. p. 174) mag rekenen.

„In die conclusie is de zaak zoo volledig uiteengezet, dat ik er indedaad niets aan toe te voegen heb, en wanneer ik dan nu in het arr. lees: „dat mede *in confesso* is, dat „de geintimeerde (nu verweerderesse), na beeindiging der „onteigeningsprocedure, den eigendom daarvan (.d i. van „de niet-onteigende perceelen) heeft gekregen, deze ook, „als opvolger in dien eigendom, geacht moet worden te zijn „opgevolgd in de rechten, welke de vorige eigenaar, krachtens „het vonnis in deze procedure gewezen, te dier zake tegen „den appellant qq. (nu eischer) kon doen gelden", dan is die beslissing geheel in overeenstemming met den door Uwen Raad gehuldigde leer.

„Ik heb mitsdien de eer te concludeeren tot verwerping van het ingesteld beroep, met veroordeeling van den eischer qq. in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1954, 1952, 1953, 1902, 1903 B.-W. en 18 en 37 der wet van 28 Aug. 1851, n° 125, omdat het Hof aan het onteigenings-vonnis der rechtb. te Amsterdam van 22 Dec. 1890 gezag van gewijsde toekent voor de vraag, of de eischende gemeente tegenover de verweerderesse verplicht is de bedoelde brug

en uitgang met 2 opritten te maken en te onderhouden, hoewel dat vonnis de oplegging dezer verplichting niet ten onderwerp heeft, noch hebben kan, daar de rechter bij onteigening slechts over de onteigening en de schadeloosstelling uitspraak heeft te doen en geene verplichting tot het maken van werken, waaromtrent partijen het niet eens zijn, opleggen kan, en dan ook eene zelfstandige beslissing van het Hof, gegrond op feiten en stukken buiten het gewijsde, noodig is om de verplichting ten aanzien van deze bepaalde werken te doen aannemen;

„O. dat de nu verweerderesse, stellende te zijn opgevolgd in de rechten van N. D. B. en consorten, die gedaagden waren in het geding tot onteigening, waarin is gewezen het in kracht van gewijsde gegaan vonnis, bij het cassatie-*middel* vermeld, heeft gevorderd veroordeeling van de nu eischende gemeente om over te gaan tot het maken van de in het *middel* omschreven werken, en zich tot staving van dien eisch heeft beroepen op gezegd vonnis, als tegen de gemeente opleverende *res judicata;*

„dat tegen dit beroep laatstgenoemde o. a. heeft aangevoerd en ook bij dit *middel* in hoofdzaak beweert, dat van toepassing der a. 1993 en 1954 B.-W. ten deze geen sprake kan zijn, omdat de bewuste werken niet zouden behooren tot het onderwerp van het gerechtelijk gewijsde;

„dat, nadat dit beweren in eersten aanleg verworpen en de gemeente tot het gevorderde veroordeeld was, het Hof, op het appel der nu eischeresse heeft overwogen, dat zij als eerste grief tegen dat vonnis heeft doen gelden, dat zekere overw. van het onteigeningsvonnis verkeerdelijk door de rechtb. is aangemerkt als aan haar opleggende de verplichting tot het maken der werken;

„dat echter het Hof dit beweren verworpen heeft en dus heeft gegeven eene beslissing omtrent den inhoud van

het onteigeningsvonnis, welke, als feitelijk, vaststaat in cassatie;

„dat wel de eischende gemeente aanvoert, dat desniettemin die beslissing niet behoort tot het onderwerp van het onteigeningsvonnis, omdat zij niet in het dispositief daarvan is opgenomen, doch eveneens ten onrechte;

„dat immers bovendien, en wederom in cassatie onaantastbaar, door het Hof is uitgemaakt, dat het dispositief van dat vonnis, ten aanzien van de som, door de gemeente als schadeloosstelling voor de onteigening te betalen, verband houdt met de in bedoelde overw. gegeven beslissing omtrent de verplichting der gemeente om de werken te maken, alzoo dat het dispositief omtrent die som gedeeltelijk berust op de voorafgaande beslissing ten aanzien der werken;

„dat, waar dit vaststaat gezegde beslissing, ofschoon niet in de woorden van het dispositief opgenomen, evenzeer als de inhoud zelf daarvan, behoort tot het onderwerp van het gerechtelijk gewijsde;

„O. dat indien de toevoeging aan vermelde beweringen, dat bij het onteigenings-vonnis geen verplichting tot het maken van werken opgelegd *kan* worden, de strekking heeft om te betwisten de bevoegdheid om bij zoodanig vonnis dergelijke verplichting op te leggen, zij geen punt van onderzoek kon uitmaken, omdat dan betwist wordt de juistheid van het onteigenings-vonnis, hetwelk niet aan 's Raads oordeel is onderworpen;

„O. dat uit 's Hofs reeds vermelde beslissing omtrent hetgeen, ten aanzien der werken, voorkomt in het vonnis volgt de feitelijke onjuistheid van de beweringen aan het slot van het *middel*, dat het Hof, op grond van feiten en stukken buiten dat gewijsde, in stede van den inhoud daarvan, de verplichting van Nieuwer-Amstel tot de werken zou hebben aangenomen;

„O., dat als *tweede middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1954, 584, 625, 626, 668, 721 en 877 B.-W., omdat het Hof aanneemt, dat het recht om het maken en onderhouden van de bedoelde werken te vorderen, — gesteld dat dit bij het vonnis van 22 Dec. 1890 aan de onteigende is toegekend, — toekomt aan de verweerderesse, hoewel geene partij in het vonnis, omdat aan haar de eigendom der niet-onteigende perceelen is overgegaan; doch ten onrechte, daar dergelijk recht om het maken van werken op ander terrein te vorderen, niet in den eigendom begrepen is, van eene erfdienstbaarheid geen sprake kan zijn, en de vordering noch door cessie, noch door erfrecht op de verweerderesse is overgegaan;

„O. dat dit *middel* niet kan opgaan, omdat het berust op eene onjuiste voorstelling van hetgeen door het beklaagde arr. is beslist;

„O. dat het Hof allereerst overneemt de niet bij het *middel* bestreden beslissing der rechtb., dat de bij het onteigenings-vonnis aan Nieuwer-Amstel opgelegde werken aan de gemeente zijn opgelegd ten behoeve van de door N. D. B. c. s. bezeten, tengevolge van inbreng in de verwerende vennootschap thans alle aan deze behoorende gronden, welke niet in de onteigening begrepen zijn geweest, in dier voege, dat de rechten hierop als één geheel vormen met den eigendom dier perceelen, althans een met dien eigendom verbonden accessoir;

„dat vervolgens het Hof omtrent het verkrijgen der nu verweerderesse uitmaakt, dat zij, als opvolgster in dien eigendom, geacht moet worden te zijn opgevolgd in de rechten, welke de vorige eigenaar, krachtens het onteigenings-vonnis, tegen de gemeente kon doen gelden;

„O. dat deze beslissing geenszins aldus is te verstaan,

dat eigendoms-verkrijging aan de niet-onteigende perceelen ten gevolge heeft verkrijging van het recht om, zooals het *middel* wil. het maken van werken op ander terrein te vorderen, maar daarbij door het Hof niets anders te kennen is gegeven dan dat, onder de voormelde omstandigheden, hij, die de goederen inbracht en dus vervreemdde, geacht moet worden ook te hebben overgedragen het daarmede ten nauwste verbonden recht om, ten behoeve van het ingebrachte goed, het maken der bewuste werken te vorderen;

„dat alzoo het Hof heeft gegeven eene in cassatie onaantastbare beslissing omtrent den omvang eener overeenkomst, door den onteigende met de verweerderesse aangegaan;

„Rechtdoende;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer, gelijk hij procedeert, in de daarop gevallen kosten."

N° 3462. — Arrest van 1 Februari 1895.

(A. 1132, 1142, 1374 en vlg. — A. 1349, 1354, 1356, 1374 en 1375 B.-W.; A. 431 B.-R. — A. 835, 848 K.)

Kent de Nederlandsche wet inbreng door erfgenamen van schulden? — NEEN.

Kan de onjuistheid van eene rechtsbeschouwieg, als bijkomende reden door den rechter voor zijne beslissing aangevoerd, tot cassatie van de beklaagde uitspraak leiden, indien de hoofdgrond der beslissing vruchteloos is bestreden? — NEEN.

Stuit het aangevoerde middel van cassatie *mede hierop af, dat de bedoelde rechtsbeschouwing slechts in zoover zou kunnen in aanmerking komen als ze aan de Belgische wet is ontleend, terwijl ze juist in zoover aan het onderzoek van den Nederlandschen cassatie-rechter is onttrokken?* — JA.

Volgt uit a. 431, *2e lid, B.-R., dat de wet een vreemd vonnis niet als* res judicata *hier te lande wil hebben aangemerkt?* — JA.

De Proc.-G. heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Deze voorziening steunt op *twee middelen. Het eerste* luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1132, 1142, 1374, 1375, 1449, 1451, 1474, 1912 en 1913 B.-W., door te beslissen, terwijl door de verweerders niet is betwist, dat de vader van den eischer is toegelaten tot het door eischer aan zijne crediteuren aangeboden accoord, en door dezen, ten bewijze daarvan, nog is overlegd volmacht te dien einde door des eischers vader verstrekt, dat eischer desniettegenstaande toch verplicht is de ten processe vermelde sommen geheel in de nalatenschap zijns vaders in te brengen.

„Over het bedrag van de voor den eischer door zijn vader gedane betalingen en hem verstrekte sommen bestaat tusschen partijen geen verschil. Die fournissementen van contante gelden, die inlossing van in circulatie gebrachte accepten, en die, als borg voor den eischer, gedane betalingen oordeelt het Hof te vallen onder de bij a. 1142 B.-W. vermelde verstrekkingen, en dat zij daaronder niet zouden kunnen vallen, dat wordt bij het *middel* niet beweerd. En nu beslist het Hof, dat de eischer in cassatie de, krachtens dat a. 1142, op hem rustende verplichting tot het inbrengen van de genoten sommen in de vaderlijke nalatenschap niet kan ontgaan door voor zich in te roepen zijn in der tijd *in Belgie* uitgesproken faillissement, en het daarin aangenomen, door de bevoegde rechtb. gehomologeerde accoord, omdat, al wil men aannemen, wat trouwens in rechte geenszins is aangetoond, dat de erflater vrijwillig tot het accoord is toegetreden, en dat hij aan den eischer in cassatie kwijting heeft gegeven van de uitkeering ad vijf percent, dan nog daaruit geenszins mag worden afgeleid de bedoeling des erflaters om den eischer in cas-

satie van zijne anterieure, uit a. 1142 B.-W. voortvloeiende verplichting, ten nadeele der overige kinderen, te ontslaan, daar toch de erflater, als vader, zeer goed door geheel andere beweegredenen tot het plegen dier handelingen, namelijk het zich voordoen als schuldeischer, niettegenstaande de door hem gedane betalingen uit *liberalitas* waren geschied, kan geleid zijn.

„Die beslissing is zuiver feitelijk. Maar al kon men aannemen, dat zij is juridiek, en al stond vast, dat het Hof daarbij heeft miskend de kracht van het in Belgie gesloten en gehomologeerde, en dus naar de Belgische wet te beoordeelen, accoord, toch zou dit niet tot cassatie kunnen leiden, omdat dan toch nog maar de vreemde wet zou zijn geschonden. En het kan dus ook de vraag niet zijn of het Hof feitelijk en terecht, of in strijd met de wet, heeft aangenomen, dat de vrijwillige toetreding van den erflater tot het accoord, in rechte niet is aangetoond, want die omstandigheid is voor de beslissing der zaak zonder belang, waar niet kan worden uitgemaakt, dat de vrijwillige toetreding van den erflater tot het accoord het door eischer beweerde gevolg zou hebben.

„Het *tweede middel* is: schending en verkeerde toepassing van de a. 1349, 1354, 1356, 1374, 1375 B.-W. 431 B.-R. en 835, 848 K., door te beslissen, dat vrijwillige toetreding tot een gerechtelijk accoord, zonder meer, geenerlei rechtsband schept tusschen hem, die het accoord voorstelde, en den schuldeischer, die vrijwillig is toegetreden, vermits het dwangaccoord zijne verbindende kracht enkel put uit de, door den rechter daaraan verleende homologatie, en dat, nu hier slechts een buitenlandsch vonnis van homologatie kan worden bijgebracht, dat hier te lande geen de minste rechtskracht heeft, ten deze ontbreekt het meest essentieele bestanddeel, waaraan het ingeroepen accoord

uitsluidend zijne bevrijdende werking tegenover den erflater zou kunnen ontleenen.

„Het *middel* is dus gericht tegen de 7e rechtsoverw. van het arr., waar het Hof nog een tweeden grond aanvoert voor zijne beslissing, dat de eischer in cassatie, door een beroep op het accoord, zijne verplichting tot inbreng van de genoten sommen niet kan ontgaan, en moet het eerste *middel* worden verworpen en dus de eerste grond van 's Hofs beslissing worden gehandhaafd, dan zal dit tweede *middel* buiten beschouwing kunnen blijven.

„Overigens is ook dit *middel* onaannemelijk. Dat toetreding in Belgie tot een gerechtelijk accoord zonder meer, zonder homologatie van dat accoord, geen rechtsband schept tusschen dengene die het accoord voorstelde en den schuldeischer, die vrijwillig is toegetreden, is eene aan de Belgische wet ontleende rechtsbeschouwing, die in cassatie niet kan worden gecensureerd. En is de homologatie naar de Belgische wet in Belgie een *essentieel bestanddeel* van het accoord, de rechtshandeling, waardoor eerst het aangeboden accoord ook voor de toegetreden schuldeischers verbindend wordt, dan kan men ook niet beweren, dat het in Belgie aangeboden accoord, ook zonder homologatie, zonder die essentieele formaliteit, voor de toegetreden schuldeischers *hier te lande* als eene hen verbindende overeenkomst moet worden aangemerkt (a. 10 A.-B.). Over de vraag, of *naar ons recht* de homologatie is een vonnis, kan men vergelijken Kist VI, 146. Maar hoe het in dit opzicht gesteld is met het Belgische accoord en de Belgische homologatie, dat hangt af van de bepalingen der Belgische wet op dit punt; en het Hof, aannemende dat de Belgische homologatie is een vonnis, kan dus ook daardoor onze wet niet geschonden hebben En moet dan hier in cassatie gehandhaafd blijven de beslissing, dat de

Belgische homologatie is een vonnis, dan is ook de door het Hof gehuldigde leer, dat dit vonnis hier te lande geen rechtskracht heeft, met de in het *middel* aangehaalde wetsbepalingen niet in strijd. Ook niet met a. 431 B.-R. Want al neemt men aan, dat met de *ten uitvoerlegging*, in het 1e lid van dat a., bedoeld is de *gerechtelijke executie*, het gaat niet aan daaruit *argumento a contrario* af te leiden, dat het vreemde vonnis in alle andere opzichten de kracht van een vonnis heeft, nu juist uit de bepaling van het 2e lid van a. 431, dat de gedingen bij den Nederlandschen rechter opnieuw kunnen worden behandeld en afgedaan, blijkt, dat de wet het vreemde vonnis niet als *res judicata* wil hebben aangemerkt.

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz ;

Partijen gehoord; — Gezien de stukken,

„O. dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1132, 1142, 1374, 1375, 1449, 1451, 1474, 1912 en 1913 B.-W., door te beslissen, terwijl door de verweerders niet is betwist, dat de vader van eischer is toegetreden tot het door eischer aan zijne crediteuren aangeboden accoord, en door dezen ten bewijze daarvan nog is overgelegd de volmacht te dien einde door eischers vader verstrekt, dat eischer desniettegenstaande toch verplicht is de ten processe vermelde sommen geheel in de nalatenschap zijns vaders in te brengen;

„O. daaromtrent, dat het Hof, na bij de 4e overw. van het beklaagde arr. de sommen te hebben opgenoemd, waarvan bij het *middel* sprake is, bij de 5e overw. uitmaakt, dat deze fournissementen van contante gelden, deze inlossing van in circulatie gebrachte accepten en

deze, als borg voor den appellant, gedane betalingen, een en ander gedaan door den vader ten behoeve van zijnen als koopman het handelsbedrijf uitoefenenden zoon kennelijk vallen in de bepallng van a. 1142 B.-W., als geschied om aan den erfgenaam een beroep of bedrijf te verschaffen of wel om diens schulden te betalen, en verder beslist, dat de app. de krachtens evengemelde bepaling op hem rusteude verplichting tot het inbrengen van de als voren genoten sommen niet kan ontgaan door voor zich in te roepen zijn, indertijd in Belgie uitgesproken faillissement en het daarin aangenomen, door de bevoegde Rechtbank gehomologeerde dwangaccoord, omdat, al wil men aannemen, wat trouwens in rechte geenszins is aangetoond, dat de erflater vrijwillig tot het accoord is toegetreden, en dat hij aan den app. kwijting heeft gegeven voor de uitkeering ad 5 pCt., daaruit dan nog geenszins mag worden afgeleid de bedoeling des erflaters om den app. van zijne anterieure, uit a. 1142 B.-W. vootvloeiende verplichting, ten nadeele der overige kinderen, te ontslaan, daar toch de erflater, als vader, zeer goed door geheel andere beweegredenen tot het plegen dier handelingen, namelijk het zich voordoen als schuldeischer, niettegenstaande de door hem gedane betalingen uit *liberalitas* waren geschied, kan geleid zijn;

„O. dat de eischer daartegen aanvoert, dat voor inbreng vóór alles noodig is, dat de schuld ten tijde van het overlijden des erflaters bestaat, terwijl de hier bedoelde schulden door de toetreding van den vader des eischers tot het door dezen aangeboden accoord, zouden zijn teniet gegaan;

„O. echter, dat, afgezien van 's Hofs feitelijke beslissing dat de vrijwillige toetreding van den erflater tot het accoord in rechte geenszins is aangetoond, de grondslag van het *middel* ook in dit opzicht vreemd is aan het bestreden

arr. dat bij dit laatste geen sprake is van inbreng van schulden, welken inbreng trouwens de Nederlandsche wet niet kent;

„O. immers dat het Hof, bij het hiervoren aangehaalde gedeelte van zijne uitspraak, tot de slotsom is gekomen, niet, dat de bedoelde sommen door den erflater als schuldeischer waren te leen verstrekt of voorgeschoten, maar dat ze door den eischer, op den voet van de bij a. 1142 B.-W. met schenkingen gelijkgestelde bevoordeelingen, zijn genoten, zooals ten duidelijkste blijkt uit de, ook bij het *middel* van cassatie niet bestreden, uitdrukkelijke toepasselijkverklaring van dat a., en uit de vraag, die zich de rechter heeft gesteld, of de vrijwillige toetreding van den erflater tot het accoord, zoo ze bewezen ware geworden, de bedoeling zou hebben te kennen gegeven, om aan den eischer vrijstelling van inbreng te verleenen, welke vraag niet te pas ware gekomen, zoo het Hof zich de verhouding van den eischer tot zijnen vader als die van schuldenaar tot schuldeischer had voorgesteld;

„O. dat daarmede vervallen al de bij het *eerste middel* gevoerde beweringen, en dat *middel* bijgevolg is ongegrond;

„O. dat het *tweede middel* van cassatie luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1349, 1354, 1356, 1374 en 1375 B.-W., a. 431 B.-R. en van de a. 835 en 848 K., door te beslissen dat vrijwillige toetreding tot een gerechtelijk accoord, zonder meer, geenerlei rechtsband schept tusschen hem, die het accoord voorstelde, en den schuldeischer, die vrijwillig is toegetreden, vermits het dwangaccoord zijne verbindende kracht enkel put uit de daaraan door den rechter verleende homologatie, en dat, nu hier slechts een buitenlandsch vonnis van homologatie kan worden bijgebracht, dat hier te lande geen de minste

rechtskracht heeft, ten deze ontbreekt het meest essentieele bestanddeel, waaraan het ingeroepen accoord uitsluitend zijne bevrijdende werking tegenover den erflater zou kunnen ontleenen;

„O. te dien aanzien, dat de bij het *middel* vermelde rechtsbeschouwing door het Hof als eene bijkomende reden wordt opgegeven, waarom het van oordeel is, dat het beroep van den eischer op diens, in zijn faillissement in Belgie aangeboden, aangenomen en gehomologeerd accoord hem niet kan baten;

„dàt nu, al werd het daartegen door den eischer aangevoerde juist bevonden, dit niet tot cassatie van het beklaagde arr. zou kunnen leiden, omdat, nu de in de voorafgaande overw. van dat arr. vervatte hoofdgrond van 's Hofs beslissing op het bedoelde punt vruchteloos is bestreden, het in stand blijven van dien grond de instandhouding van het arr. zou moeten ten gevolge hebben;

„dat overigens ook dit *middel* zijn feitelijken grondslag mist, in zoover daarbij geen rekening is gehouden met 's Hofs beslissing, dat de vrijwillige toetreding des erflaters tot het accoord geenszins is bewezen, en

„het eindelijk nog hierop afstuit, dat de bedoelde rechtsbeschouwing slechts in zoover zou kunnen in aanmerking komen als ze aan de Belgische wet is ontleend, terwijl ze juist in zoover aan het onderzoek van den Nederlandschen cassatie-rechter is onttrokken, en terwijl, voor zoover het in de bedoeling van het *middel* ligt, voor dat geval te beweren, dat aan het buitenlandsch vonnis van homologatie wèl de rechtskracht zou moeten worden toegekend, die het Hof daaraan ontzegt, die bewering niet zou opgaan, omdat uit het tweede lid van a. 431 B.-R. volgt, dat de wet een vreemd vonnis niet als *res judicata* hier te lande wil hebben aangemerkt;

„O. dat alzoo het *tweede middel* van cassatie is onaannemelijk;

„Verwerpt het beroep;

„Veroordeelt den eischer in de kosten."

N° 3463. — Arrest van 15 Februari 1895.

(A. 138, 139 j° a° 346 B.-R. — A. 431 B.-R.).

Kan de rechtsvraag of in eene zaak van summiere behandeling, eene tweede conclusie van den eischer toelaatbaar is, in cassatie een punt van onderzoek uitmaken, zoo niet blijkt, dat die toelaatbaarheid bij den judex a quo *is betwist en deze rechter daarover dan ook geen uitspraak heeft gedaan?* — NEEN.

Is, waar de rechter eene vraag heeft beoordeeld, uitsluitend naar de bepalingen van eene vreemde wet, de daarop gegronde beslissing in cassatie onaantastbaar? — JA.

Verbiedt a. 431 *B.-R. om in den vreemde in behoorlijken vorm opgemaakte, schriftelijke bescheiden te doen strekken tot bewijs van feiten en omstandigheden, die door den Nederlandschen rechter als vermoedens kunnen wordem aangenomen?* — NEEN.

Kan de wet zijn geschonden door het niet in overweging nemen van een bewijs-aanbod, waar dit aanbod geheel in het algemeen en zonder opgave van het bewijsmiddel was gedaan? — NEEN.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. PATIJN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Vijf *middelen* van cassatie zijn voorgesteld.

„Het eerste luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 558, 559, 138, 139, 140 en 346 B.-R. door in eene zaak van summiere behandeling, waarvoor buitendien speciale korte termijnen zijn voorgeschreven, de appellante toe te laten tot het nemen van eene tweede conclusie, nadat zij in eene eerste conclusie hare grieven tegen het

vonnis *a quo* had ontwikkeld en de geintimeerden hierop hadden geantwoord, en op die tweede conclusie acht te slaan.

„Ik kan omtrent dit *middel* zeer kort zijn; de vraag toch die het hier geldt, is een en andermaal door uwen Raad beslist en wel bij de arr. van 10 April 1884, *Rechtspr* CXXXVI, § 54 en van 6 Dec. 1889, (*Rechtspr.* CLIII § 45, v. D. Hon. B.-R. XLIX, 325 en LV, 339) bij welk laatste werd overwogen, „dat in de a. 138 en 139 B.-R. niet ligt „opgesloten een verbod om nog nadere conclusien te „nemen, zooals dan ook in de praktijk gebruikelijk is." Is het dus niet verboden in summiere zaken zoodanige nadere conclusien te nemen, dan is het zeer zeker ook niet verboden daarop acht te slaan, daargelaten de vraag, waarover partijen verschillen, of in deze op die conclusie al dan niet *is* acht geslagen.

„De vier volgende *middelen*, die ik achtereenvolgens moet vermelden, omdat de verweerderesse daartegen eene tegen allen geldende algemeene bedenking heeft aangevoerd, luiden:

„het tweede: schending en verkeerde toepassing van de a. 1857 en 1861 B.-W. omdat het Hof, hoewel aannemende, dat borgtocht uitdrukkelijk moet worden aangegaan, niettemin het uitdrukkelijk aannemen van den borgtocht door den hoofdschuldeischer afleidt uit de omstandigheden, „dat de in den vorm van den borgtocht geschreven brieven, het eigen formulier van den hoofdschuldeischer bevatten, hetwelk hij aan den gewaanden borg heeft toegezonden, ten einde dat, ten bewijze der verbindtenis in den vorm van een onderteekenden brief terug te erlangen, en dat hij die brieven heeft bewaard en gebruikt;

„het derde: schending en verkeerde toepassing van de a. 1857, 1861, 1959 en 1933 B.-W. door het bewijs van aanneming van borgtocht voor bedragen van f 10,000.—

en f 50,000.—, en dus van het bestaan van dien borgtocht te putten uit vermoedens, terwijl het bewijs door getuigen uitgesloten was;

„het vierde: schending en verkeerde toepassing van de a. 1959, 1982, 1983 en 1935 B.-W. in verband met de a. 1857 en 1861 B.-W., en de a. 1 tot en met 5 K. doordien het arr., op grond dat de schuld van den hoofdschuldenaar een handelsschuld is, ook het bewijs dier schuld, groot fr. 70,327.58 ten aanzien van den borg door den hoofdschuldeischer te leveren, het in handelszaken toegelaten bewijs door vermoedens bezigt;

„het vijfde: schending en verkeerde toepassing van de a. 1903, 1904, 1905, 1906, 1912, 1960, 1962, 1964, 1950, 1959 B.-W. en a. 431 B.-R., door ten aanzien van eenen borg, als bewijs voor het bestaan van de schuld van den hoofdschuldenaar aan te nemen eene, door dien schuldenaar in het buitenland opgemaakte en bij eene aanvraag van concordat préventif de faillite overgelegde lijst van bekende of vermeende schuldeischers, alsmede een in het buitenland, in het daarop gevolgd faillissement van dien schuldenaar opgemaakt proces-verbaal van verificatie van schuldvorderingen, benevens eene, in een ander geding gedane, zoogenoemde erkenning van eene nabijkomende schuld en eindelijk eene vage ontkenning eener medegedeelde rekening-courant.

„De algemeene bedenking door verweerderesse tegen deze vier *middelen* aangevoerd is deze: dat, zoo al in deze eenige wet was geschonden of verkeerd toegepast, het de Belgische wet zou zijn, voor welker juiste interpretatie de H.-R. niet geroepen is te waken.

„Tot recht verstand hiervan diene, dat door de nu eischeresse eenige, in Limburg gelegen en met hypotheek bezwaarde goederen werden verkocht; bij de daarop gevolgde

rangregeling tot zuivering produceerde de na-verweerderesse drie hypotheken, waarvan de laatste, in het arr. „de crediet-hypotheek Collard" genoemd, werd betwist, zooals we lezen in de 8e overw. *i. j.* (blz. 62).

„O. dat de geintimeerden beweren, dat de crediet-hy„potheek Collard bij de beide rangregelingen ten onrechte „door de Banque Générale is geproduceerd en dat zij, „tot staving dier bewering, betwisten, dat de zonen E. en „G. T. verschuldigd zijn het door de Bank beweerd bedrag, „dat mevrouw T. voor dat bedrag bij de Bank borg ge„bleven is, en, ten slotte, dat de crediet-hypotheek Collard „op die borgstelling betrekking had."

„Het Hof treedt daarna in een onderzoek van die drie punten, en al de grieven, in de vier *middelen* vervat, zijn gericht tegen de *bewijsmiddelen*, die het Hof hebben geleid tot aanneming van het bedrag der schuld en het bestaan van den borgtocht, en waar het nu vaststaat, dat alle partijen, zoowel de eischeresse als de zoons T. en de Banque Générale in Belgie wonen of gevestigd zijn, en dat de overeenkomsten aldaar zijn aangegaan, daar geldt het de vraag, welke *bewijsmiddelen* mogen hier voor het bestaan van die overeenkomsten of verbindtenissen worden gebezigd? die van de *lex fori*, dan wel die van het recht, dat de materieele rechtsverhouding tusschen partijen beheerscht?

„Met Asser (*Schets van het Intern. Priv. Recht* I, 112), Foelix (*Traité du Droit Intern. Privé* 2e Ed. 290) en Laurent (*Le droit civil Intern.* VIII, 40 seqq.) meen ik, dat die vraag in laatstgemelden zin moet worden beantwoord. Laurent formuleert zijne denkbeelden met juistheid aldus: „Les formes de „procédure sont réglées par les lois du pays, ou le procès „a lieu et les formes d'exécution par la loi du lieu où „les actes ou jugements sont executés. Les moyens de „preuve sont réglés par la loi du pays, où le fait s'est

„passé.” Zoo ook ASSER, waar hij schrijft: „Is het (bewijs)-„*middel* in de bedoelde wet (d. i. van de *lex fori*) erkend „en geregeld, dan zal het mogen worden gebezigd ook in „de gevallen waarin het volgens de *lex fori* niet admissibel „zou zijn, zoo dikwijls dit wel het geval is volgens de „wet, die het recht zelf beheerscht, dat bewezen moet „worden.”

„Mocht dus het Hof ten onrechte het bewijs van de aanneming van den borgtocht uit omstandigheden hebben afgeleid, in strijd met onze wet bewijs door vermoedens hebben toegelaten, of wel het bestaan van de schuld van den hoofdschuldenaar hebben aangenomen, dan zouden misschien de regelen van het bewijs volgens de Belgische wet kunnen zijn geschonden of wel verkeerd toegepast, maar terecht is er aan herinnerd, dat de H.-R. niet is geroepen te waken voor eene juiste interpretatie van eene vreemde wet. Zoo besliste uw arr. van 3 Febr. 1882 (*Rechtspr.* CXXX § 20, V. D. HON .B.-R., XLVII, 162), dat „cassatie „alleen kan worden uitgesproken wegens schending of ver„keerde toepassing van bepalingen van het in Nederland „geldende recht.”

„Thans een woord over de vier *middelen* afzonderlijk.

„Wat het tweede betreft, merk ik in de eerste plaats op, dat het Hof de vraag: of in deze de borgtocht uitdrukkelijk is aangegaan, niet toetst aan de in het *middel* genoemde a., maar aan a. 2015 *C. C.* en ten andere, dat het m. i. moet afstuiten op de feitelijke beslissing, die wij lezen in de 17e overw. (bl. 76), waarin het Hof zegt, dat mits bewezen worde, hetgeen het Hof in de daarop volgende overwn als bewezen aanneemt, er geen twijfel aan is of de borgtocht is uitdrukkelijk aangegaan.”

„Gesteld nu al, dat het Hof op onjuiste *middelen* dit bewijs, — of wel het bewijs van het *aannemen* van den borg-

tocht door den schuldeischer had aangenomen, dan zouden misschien andere a. kunnen zijn geschonden, maar nimmer kunnen de in het *middel* genoemde a. zijn geschonden, wanneer de rechter feitelijk uitmaakt, dat de borgtocht uitdrukkelijk is aangegaan, juist datgene wat a. 1861 B.-W. verlangt.

„In het arr. wordt op m. i. alleszins afdoende gronden aangenomen, dat aan de ééne zijde mevr. T. zich schriftelijk borg heeft gesteld voor de schuld van hare zonen, en dat, van de andere zijde, die borgtocht door de Banque Générale is aangenomen; men zie hetgeen daaromtrent voorkomt in de 15ᵉ tot en met de 20ᵉ overw. van het arr. en de wet heeft nergens bepaald, dat, waar de borgstelling duidelijk is, nog bovendien eene *schriftelijke* aanneming daarvan wordt vereischt.

„Tegen het derde *middel* is m. i. met recht door de verweerderesse aangevoerd, dat het Hof het bewijs voor het uitdrukkelijk aangaan van den borgtocht, en dus ook van het aannemen daarvan, niet alleen put uit vermoedens maar uit onderscheidene geschriften, die bovendien, als begin van bewijs door geschrift, ten volle het bewijs door vermoedens rechtvaardigen. Het is, meen ik, genoeg hier te verwijzen naar den in de 15ᵉ overw. (bl. 73) *in extenso* medegedeelden brief van mevr. T. aan de Banque Générale van 24 Sept. 1883 en naar hetgeen we verder lezen in de daarop volgende overwⁿ.

„Ten aanzien van het vierde *middel* veroorloof ik mij te verwijzen naar de 9ᵉ tot en met de 13ᵉ overw. van het arr., waarin het Hof, allereerst op grond van onderscheidene vermoedens, in deze zeer zeker alleszins toelaatbaar omdat de schuld van de Gebr. T. aan de Bank eene handelsschuld was, — tot het besluit komt, dat de stand der schuld is frs. 70,327.85; — daarna treedt het Hof in de 14ᵉ en vol-

gende overw^{n} in een onderzoek naar de vraag, of mevr. T. voor dit bedrag, door hare zonen aan de Banque verschuldigd, borg is gebleven, en dan zien we, dat het Hof uit den brief van 24 Sept. 1883 afleidt, dat zij zich borg stelde voor eene som van frs. 10,000, uit een brief van 24 Juni 1885 voor een som van frs. 50,000, en uit eene notarieele acte van 26 Mei 1886 voor eene som van frs. 20,000, zoodat verweerderesse met grond tegen dit *middel* kan aanvoeren, dat het bestaan der hoofdverbindtenis is aangenomen naar aanleiding van geschriften van mevr. T. afkomstig, en dat, voor zoover daarbij ook vermoedens zijn te pas gekomen, deze dan in ieder geval door het begin van bewijs, uit die bescheiden voortvloeiende, waren toegelaten.

„Eindelijk het vijfde *middel*. Het is gericht tegen hetgeen wij vinden in de 9^{e} en daarop volgende overw^{n}. In de eerste plaats komt het me voor, dat ook bij dit *middel* niet genoegzaam is in het oog gehouden, dat de daarin genoemde bewijsmiddelen alleen hebben gediend om te komen tot de berekening van hetgeen de Gebr. T. aan de Bank schuldig waren, afgescheiden en onafhankelijk van de tweede, door het Hof ter beantwoording gestelde vraag: of mevr. T. daarvoor borg was; maar ten andere blijkt uit het arr., dat het Hof zelf er op bedacht geweest is onderscheid te maken tusschen de door de Bank voorgelegde bescheiden, — de in het buitenland opgemaakte stukken, — voor zoover „zij uitspraken behelzen, die ten onzent niet kunnen gelden", zooals we in de 9^{e} overw. (bl. 63) lezen, en het, door die in het proces gebrachte extracten, bewezen zijn van *feiten*, waaruit het Hof vermoedens afleidt, en nu belet de bepaling van a. 431 B.-R. geenszins om, zooals het Hof deed, uit het, door een behoorlijk en niet betwist afschrift van een proces-verbaal van eene in den

vreemde gehouden verificatie-vergadering van schuldeischers geconstateerde, feit, dat op die vergadering door niemand de verificatie van een schuldeischer voor zeker bedrag is betwist, een vermoeden omtrent het bedrag dier schuld afteleiden, evenmin als uit een behoorlijk en onbetwist afschrift van eene, door den schuldenaar gedane aanvraag van *concordat préventif de faillite*, met daarbij gevoegde lijst van bekende of vermeende schuldeischers, terwijl, waar zooals in deze, bewijs door de vermoedens is toegelaten, de rechter vrij is in het maken van de gevolgtrekkingen, die hij uit vaststaande feiten en ook uit de handelingen en gedragingen van partijen in het proces, meent te moeten trekken.

„Zulks deed het Hof in de 13e overw. (bl. 69), waar we lezen: „O., dat vermits het bewijs ten deze, daar het „eene zaak van koophandel betreft, zoowel in het Belgische „als in ons recht, door vermoedens geoorloofd is, het „Hof uit het boven overwogene, in zijn onderlingen samen„hang het gevolg trekt, dat de firma T. Frères aan de Bank „nagenoeg het door haar gevorderde bedrag verschuldigd „was, en, ten einde alsnu tot vaststelling van het juiste „cijfer te geraken, het Hof als vermoedens doet gelden, „het door de geïntimeerden, bij pleidooi van 21 Nov. 1893, „*in vago* ontkennen, en dus niet op behoorlijke wijze tegen„spreken der op 28 Aug. 1893 medegedeelde uitvoerige „rekeningen-courant der Bank met T. Fr. en E. T., ge„sloten 31 Dec. 1889 met een saldo debet van frs 34,768.77, „frs 33,018 en frs 10,783.27; weshalve, na aftrek der in „het exploit van 16 Jan. 1891 toegegeven sommen van „frs. 8,242.46, de stand der schuld van de zonen T. aan „de Bank is frs 70,327.58".

„Het komt mij alzoo voor, dat de door de eischers gestelde *middelen* ongegrond zijn.

„Door de verweerderesse in cassatie is harenzijds nog incidenteel een beroep ingesteld tegen het arr. op grond van het volgende *middel:* schending en verkeerde toepassing van de a. 1, 3 tot en met 7 en 9 van het Tarief, vastgesteld bij de wet van 31 Maart 1847, *St.* n° 12, in verband met de a. 1208, 1253 n° 3, 1254 tot en met 1257, 1902, 1903 en 1932 B.-W., 48, 199, 351, 353 tot en met 357 B.-R. en a. 42 der wet op het Notaris-ambt van 9 Juli 1842, *St.* n° 20, omdat het Hof, ofschoon vernietigende het vonnis, waarbij de verweerderesse, toen appellante, op dit punt niet-ontvankelijk was verklaard, niet heeft toegewezen het gedeelte van der verweerderesse conclusie van 1e instantie, waarvan ook de toewijzing in appèl was gevraagd, en welk gedeelte strekte om de door de koopers opgegeven opbrengst van de verkoopingen te doen brengen op de werkelijke, door de koopers bestede koopprijzen, zooals dat is aangegeven bij de processen-verbaal der beide rangregelingen van 11 en 19 Juni 1891, en om onder die opbrengst te doen opnemen de 10 pCt. der eigenlijk gezegde koopprijzen, onder korting der wettelijk op de verkoopingen vallende kosten, en omdat de verweerderes, toen appellante, niet is toegelaten tot het door haar gevraagde, alsmede omdat het Hof de feitelijke *middelen* van de geïntimeerden heeft aangevuld.

„Dat het Hof de feitelijke *middelen* van den geintimeerden zou hebben aangevuld, kan ik niet inzien, en voor het overige meen ik, dat het *middel* moet afstuiten op hetgeen het Hof feitelijk besliste.

Het is waar dat de nu-verweerderesse ook in appèl heeft gevorderd, dat de door de geïntimeerde verantwoorde koopprijzen zouden worden vermeerderd met 10 pCt., na aftrek van de volgens het tarief vastgestelde salaris en voorschotten van den notaris, maar het Hof beslist uit-

drukkelijk in de 25ᵉ overw. (bl. 84): „dat de appellante „stelt, dat het beding, die 10 pCt. betreffende, door de „koopers ten behoeve der verkoopers gemaakt is, doch „dat zij niet gesteld heeft, dat de notarissen eenig deel „dier 10 pCt. aan de verkoopers hebben ter hand gesteld, „en zij evenmin gesteld heeft en stellen kan, op hoeveel „het aan de notarissen volgens het tarief verschuldigde, „behoort te worden berekend, zoodat, ook omdat de nota„rissen niet in het geding zijn, het Hof de gevraagde ver„oordeeling tot vermeerdering van den koopprijs niet ver„leenen kan en de desbetreffende vordering voorbij gaat". Daarenboven, zegt het Hof, wordt het beding door de geintimeerden ontkend, en de appellante heeft het bestaan er van niet bewezen, zelfs niet door overlegging van de veil-conditien.

„Waar dus het Hof feitelijk beslist, dat de grondslag, waarop de nu-verweerderesse hare vordering bouwde niet bewezen is, kunnen de in het *middel* genoemde a. niet door de niet-toewijzing dier vordering geschonden zijn.

„De vraag zou evenwel gesteld mogen worden: of de appellante niet had moeten zijn toegelaten tot het door haar, bij ontkentenis, door de geintimeerden aangeboden bewijs, dat de meergemelde 10 pCt. bij de voorwaarden van den verkoop ten behoeve der verkoopers zijn bedongen, en dat de wettelijke kosten geen 10 pCt. hebben bedragen, maar, waar het Hof beslist, dat het „een geheel in het „algemeen en zonder opgave van *bewijsmiddel* gedaan aanbod „niet in overweging kan nemen", zooals we in de 26ᵉ overw. (bl. 86) lezen, dan komt mij die beslissing niet voor in strijd met de in het *middel* genoemde a. van het B.-W. of van dat van B.-R. Wel is iedere partij vrij in de keus der bewijsmiddelen, wel wordt voor het tot het aanwenden van sommige dier middelen des rechters machtiging ver-

eischt, maar toch zal, wil het den rechter blijken of er in eenig geding al of niet termen bestaan tot het verleenen van de vereischte vergunning, noodig zijn, dat het bewijsmiddel, waarvan men zich wenscht te bedienen, met name worde aangeduid (cf. vonnis A.-R. te Amersfoort dd. 15 Aug. 1862, (*W. v. h. R.* 2682)), en waar bij pleidooi is beweerd, dat men bij dit bewijsaanbod, het bewijs door getuigen op het oog had, daar komt het mij voor, dat de vraag of zoodanig bewijs moet worden toegelaten, staat ter beoordeeling van den *judex facti*.

„Ik heb derhalve de eer te concludeeren tot verwerping van het ingesteld beroep, met veroordeeling van de eischers in de kosten".

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.

Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O. dat als *eerste middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 558, 559, 138, 139, 140 en 346 B.-R., door in eene zaak van summiere behandeling, waarvoor buitendien speciale korte termijnen zijn voorgeschreven, de app^e toe te laten tot het nemen van eene tweede conclusie, nadat zij in eene eerste conclusie hare grieven tegen het vonnis *a quo* had ontwikkeld en de geintimeerden hierop hadden geantwoord, en op die tweede conclusie acht te slaan;

„O. daaromtrent, dat blijkens het bestreden arr., nadat partijen over en weder in hooger beroep voor eisch en antwoord hadden geconcludeerd, de app., nu verweerderesse, nog eene nadere conclusie heeft genomen, waarbij zij, onder volharding bij hare vorige conclusie, alsnog verschillende bewijsstukken in het geding heeft gebracht en subsidiair heeft geconcludeerd om tot het bewijs door getuigen te worden toegelaten van zekere, bij die conclusie gestelde feiten;

„dat evenwel niet blijkt, dat de toelaatbaarheid van deze laatste conclusie door de geintimeerde, nu eerste eischeresse in cassatie, is betwist, en het Hof daarover dan ook geen uitspraak heeft gedaan, zoodat de bij het *middel* gestelde rechtsvraag geen punt van onderzoek in cassatie kan uitmaken, omdat in de a. 138 en 139 j° 346 B.-R. geen stellig verbod ligt opgesloten om van nadere conclusien te dienen;

„O., dat het *tweede middel* van cassatie luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1857 en 1861 B.-W., omdat het Hof, hoewel aannemende dat borgtocht uitdrukkelijk moet worden aangegaan, niettemin het uitdrukkelijk aannemen van den borgtocht door den hoofdschuldeischer afleidt uit de omstandigheden, dat de in den vorm van borgtocht geschreven brieven het eigen formulier van den hoofdschuldeischer bevatten, hetwelk hij aan den gewaanden borg heeft toegezonden, ten einde dit, ten bewijze der verbindtenis, in den vorm van een onderteekenden brief terug te erlangen, en dat hij die brieven heeft bewaard en gebruikt;

„O. dat het Hof, na te hebben vastgesteld de hoegrootheid der schuld van de Gebr. T. aan de nu verweerderesse, in een onderzoek treedt van de vraag: of de nu eerste eischeresse voor dat bedrag borg is gebleven;

„dat op de in de 15e tot en met de 18e overwn in rechte ontwikkelde gronden is beslist, dat de borgtocht uitdrukkelijk door de nu eerste eischeresse was aangegaan, waarna het Hof in de 19e overw. aanneemt, dat de toestemming der Bank volgt uit het bewaren en gebruiken van de, in de voorgaande overwn genoemde, nimmer ingetrokken borgtochten, welke blijkens hun vroeger medegedeelden inhoud aan duidelijkheid en uitdrukkelijkheid niets te wenschen overlaten en dus geheel beantwoorden aan het voorschrift van a. 2015 *C. C.*;

„O. dat uit deze laatste woorden blijkt, dat het Hof de vraag: of de borgtocht door de nu eerste eischeresse uitdrukkelijk was aangegaan, en door de hoofdschuldeischeresse, de Bank, was aangenomen, en of alzoo de overeenkomst van borgstelling tusschen partijen was tot stand gekomen, heeft beoordeeld, niet naar de in het *middel* aangehaalde a. B.-W., maar naar de bepalingen van de in België geldende wet, zoodat, vermits de toepassing van de vreemde wet niet aan het toezicht van den H.-R. is opgedragen, ook dit *middel* niet tot cassatie kan leiden;

„O. dat als *derde middel* is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1857, 1861, 1959 en 1933 B.-W , door het bewijs van aanneming van borgtocht voor bedragen van fr. 10,000.— en van fr. 50,000.—, en dus van het bestaan van dien borgtocht, te putten uit vermoedens, terwijl het bewijs door getuigen uitgesloten was;

„O. dat inderdaad het Hof de aanneming van den borgtocht door de Bank, tot de in het *middel* vermelde bedragen heeft aangenomen op grond van de in de 19e overw. van het arr. genoemde vermoedens;

„dat hieruit echter ten onrechte bij het *middel* de gevolgtrekking is gemaakt, dat het Hof nu ook het bewijs van het bestaan van den borgtocht alleen uit vermoedens zou hebben geput, daar het Hof, ten bewijze van het bestaan dier overeenkomst, ook gebruik heeft gemaakt van de in de 15e en 16e overwn van het arr. vermelde, door de nu eerste eischeresse eigenhandig geschreven en geteekende brieven;

„dat alzoo de overeenkomst tusschen partijen in haar geheel bewezen is verklaard op grond van schriftelijk bewijs, aangevuld door vermoedens, hetgeen niet in strijd is met een der in het *middel* aangehaalde wetsartikelen;

„O. dat het *vierde middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1959, 1932, 1933 en 1935, in verband met de a. 1857 en 1861, alle van het B.-W. en de a. 1 tot en met 5 K., doordien het arr., op grond dat de schuld van den hoofdschuldenaar eene handelsschuld is, ook voor het bewijs dier schuld groot fr. 70,327.58, ten aanzien van den borg door den hoofdschuldeischer te leveren, het in handelszaken toegelaten bewijs door vermoedens bezigt;

„O. dat bij het bestreden arr. als vaststaande is aangenomen, en ook in cassatie niet is betwist, dat de Gebr. T., de hoofdschuldenaren in deze, waren kooplieden, en dat de betrekkingen, die tusschen hen en de Banque Générale hebben bestaan, waren van commercieelen aard;

„dat derhalve te recht door het Hof, op grond van de in de 12e en 13e overwn van het arr. bijgebrachte vermoedens, kon worden aangenomen, dat de schuld van de Gebr. T. aan de Bank bedroeg fr. 70,327.58;

„dat voorts, zooals hiervoren bij het derde *middel* is overwogen, het Hof op grond van schriftelijk bewijs en vermoedens heeft bewezen verklaard, dat de nu eerste eischeresse voor die schuld borg is gebleven;

„dat in het bestreden arr. niet uitdrukkelijk is uitgesproken door welke bewijsmiddelen het Hof het bestaan der hoofdschuld ten aanzien van den borg bewezen acht, doch dat, voor zooveel daartoe het bewijs door vermoedens gebezigd is, dan nog de in het *middel* aangehaalde wetsa. niet zijn geschonden;

„dat toch daarmede niet in strijd is de beslissing omtrent het bestaan der schuld tusschen den hoofdschuldenaar en den hoofdschuldeischer aan te nemen als een feit, zonder hetwelk de borgstelling voor die schuld niet in werking kan treden, mits de overeenkomst van borgtocht ten be-

hoeve van den schuldeischer naar de daarvoor geldende redenen, bewezen zij;

„dat mitsdien ook het *vierde middel* is ongegrond;

„O. dat eindelijk als *vijfde middel* is gesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1903, 1904, 1905, 1906, 1912, 1960, 1962, 1964, 1952, 1959 B.-W. en a. 431 B.-R., door ten aanzien van eenen borg als bewijs voor het bestaan der schuld van den hoofdschuldenaar aan te nemen eene door dien schuldenaar in het buitenland opgemaakte en bij eene aanvraag van *concordat préventif de faillite* overgelegde lijst van bekende of vermeende schuldeischers, alsmede een in het buitenland in het daarop gevolgd faillissement van dien schuldenaar opgemaakt proces-verbaal van verificatie van schuldvorderingen, benevens eene, in een ander geding gedane, zoogenaamde erkenning van eene nabijkomende schuld, en eindelijk eene vage ontkenning eener medegedeelde rekening-courant;

„O. dat het Hof, deels uit de schriftelijke bescheiden in het *middel* vermeld, deels uit het gemis van tegenspraak van door de tegenpartij aangevoerde feiten, vermoedens heeft afgeleid, ten einde te geraken tot de bepaling van de hoegrootheid en het juiste bedrag van de handelsschuld van de Gebr. T. aan de Banque Générale;

„dat hierdoor zeker geen der in het *middel* aangehaalde a. van het B.-W. is geschonden of verkeerd toegepast, en dat dit ook niet het geval is met a. 431 B.-R.;

„dat toch bij dat a. wel is verboden vonnissen van vreemde rechters binnen het Koninkrijk ten uitvoer te leggen, tenzij, in de uitgezonderde gevallen, met verlof der rechtb., doch dat hieruit niet volgt, dat in den vreemde in behoorlijken vorm opgemaakte, schriftelijke bescheiden niet zouden mogen dienen om daaraan het bewijs te ontleenen van feiten en omstandigheden, die door den Neder-

landschen rechter als vermoedens kunnen worden aangenomen;

„dat mitsdien ook het *laatste middel* niet is aannemelijk;

„O. dat door de verweerderesse in cassatie bij hare conclusie van antwoord is voorgesteld een incidenteel *middel* van cassatie, hetwelk luidt als volgt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1, 3 tot en met 7 en 9 van het tarief, vastgesteld bij de wet van 31 Maart 1847, *St.* n° 12, in verband met de a. 1208, 1253 n° 3, 1254 tot en met 1257, 1902, 1903 en 1932 B.-W., 48, 199, 351, 353 tot en met 357 B.-R., en a. 42 der wet op het Notaris-ambt van 9 Juli 1842, *St.* n° 20, omdat het Hof, ofschoon vernietigende het vonnis, waarbij de verweerderesse, toen app^e op dit punt niet-ontvankelijk was verklaard, niet heeft toegewezen het gedeelte van der verweerderesse's conclusie van eerste instantie, waarvan ook de toewijzing in appel was gevraagd, en welk gedeelte strekte om de door de koopers opgegeven opbrengst van de verkoopingen te doen brengen op de werkelijke door de koopers bestede koopprijzen, zooals dat is aangegeven bij de processen-verbaal der beide rangregelingen van 11 en 19 Juni 1891, en om onder die opbrengst te doen opnemen de 10 pCt. der eigenlijk gezegde koopprijzen, onder korting der wettelijk op de verkooping vallende kosten, en omdat de verweerderesse, toen app^e, niet is toegelaten tot het door haar gevraagde, alsmede omdat het Hof de feitelijke middelen van geintimeerde heeft aangevuld;

„O. dat het Hof heeft onderzocht, of het de vermeerdering van den koopprijs der verkochte onroerende goederen kon bevelen met hetgeen, na aftrek der notarieele verschotten en honoraria, van de door de notarissen genoten 10 pCt. der koopprijzen zal overschieten;

„dat die vordering door het Hof is voorbijgegaan, omdat

de app^e, nu incidenteel eischeresse, wel gesteld had dat het beding, die 10 pCt. betreffende, door de koopers ten behoeve der verkoopers gemaakt was, doch dat zij niet gesteld had, dat de notarissen eenig deel dier 10 pCt. aan de verkoopers hebben ter hand gesteld, en zij evenmin gesteld had en stellen kon, op hoeveel het aan de notarissen, volgens het tarief, verschuldigde behoort te worden berekend, zoodat, ook omdat de notarissen niet in het geding zijn, het Hof de gevraagde veroordeeling tot vermeerdering van den koopprijs niet verleenen kon, waarna het Hof, in de volgende overw. hieraan nog toevoegt, dat het beding door de geint^e, nu eerste incidenteel verweerderesse, ontkend is en de app^e, nu incidenteel eischeresse, het niet heeft bewezen;

„O. dat 's Hofs beslissing alzoo berust op zuiver feitelijke gronden, waarop in cassatie niet kan worden teruggekomen;

„dat het Hof wel is waar tevens het door de app^e, nu incidenteel eischeresse, gedaan bewijsaanbod niet in overweging heeft genomen, doch alleen omdat het geheel in het algemeen en zonder opgave van het bewijsmiddel was gedaan;

„dat, waar dit vaststaat, het Hof geen behoorlijken grondslag had om de toelaatbaarheid van het aanbod te beoordeelen, en dus de wet niet heeft kunnen schenden door het voorbij te gaan;

„dat eindelijk uit het arr. niet blijkt, in welk opzicht het Hof de feitelijke *middelen* van den geint. zou hebben aangevuld;

„O. dat mitsdien ook het incidenteel *middel* is ongegrond;

„Verwerpt zoo het principaal als het incidenteel beroep in cassatie;

„Veroordeelt de eischers in de kosten op het principaal beroep in cassatie gevallen, en de verweerderesse in de kosten van het incidenteel beroep in cassatie".

N° 3464. — Arrest van 22 Februari 1895.

(A. 2 der wet van 25 Mei 1880, *St.* n° 85; a. 5, 3° B.-R.)

Wordt het recht tot uitsluitend gebruik van een handels- of fabrieksmerk reeds verkregen na de bij a. 2 *der wet van* 25 *Mei* 1880, St. *n°* 85, *bedoelde aanteekening van het depot?* — Ja.

Is derhalve de door den rechthebbende op een merk, na de aankondiging van de inschrijving daarvan, ingestelde vordering wegens het door een derde gemaakt gebruik van het merk na bedoelde aanteekening, ontvankelijk? — Ja.

Moet, ingevolge de bepaling van a. 5, 3° *B.-R. de dagvaarding bevatten het recht waarop de vordering is gegrond?* — Ja.

Moeten de gronden voor de ontvankelijkheid eener rechtsvordering in de dagvaarding worden vermeld? — Neen.

Is het, bij eene vordering tot schadevergoeding wegens het gebruik maken van een merk waarop de eischer recht heeft, voldoende dat in de dagvaarding is geposeerd het depot van het merk ter griffie, de openbaarmaking daarvan en de daarop gevolgde inschrijving. zonder dat daarin de aankondiging dier inschrijving behoeft te worden vermeld? — Ja.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. Patijn in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Volgens het arr., waartegen dit beroep is gericht, stelde de nu eischeresse in cassatie bij dagvaarding, dat de nu verweerderesse vóór en na het door de eischeresse ter griffie van de arr.-rechtb. te Amsterdam deponeeren van twee fabrieksmerken, nader bij dagvaarding omschreven, in verschillende harer depôts heeft verkocht en in haar fabriek ten verkoop in voorraad heeft gehad kistjes sigaren, voorzien van een der merken, waarop de eischeresse beweert uitsluitend recht van gebruik te hebben en stelde zij mitsdien de actie in *ex a.* 1401 B.-W.

„De arr.-rechtb. te Zutphen verklaarde echter de eischeresse niet-ontvankelijk in hare vordering, op grond dat de bij dagvaarding gestelde feiten niet tot de toewijzing der vordering kunnen leiden, omdat daarbij wel is gesteld,

dat dit merk overeenkomstig de wet zou zijn gedeponeerd en ingeschreven, maar niet dat de aankondiging, bedoeld in a. 6 der wet van 25 Mei 1880, *St.* n° 85, had plaats gehad en van deze aankondiging ten processe niet was gebleken.

„Bij het arr. werd echter als vaststaande aangenomen, dat die aankondiging had plaats gehad in de Ned. Staats-Courant van 14—15 Febr. 1892, terwijl het depôt van het merk geschiedde op 10 Juni 1891. Het Hof besliste echter, dat wel is waar bij dagvaarding wordt gesteld, dat vóór en na het depôt de nu-verweerderesse sigaren in, met het beklaagde merk voorziene verpakking, voorradig heeft gehad en verkocht, doch dat zulks op dien tijd, enkel volgens de bepalingen van de wet van 1880 nog niet onrechtmatig kan genoemd worden, daar niet vóór en na 10 Juni 1891, doch eerst na 14—15 Febr. 1892, alzoo ongeveer zeven maanden later, die handelingen van de verweerderesse eene krenking van der eischeresse's rechten, verkregen krachtens de wet van 1880, kon opleveren.

„Tegen deze beslissing is het eerste *middel* van cassatie gericht, dat daarin ziet schending en verkeerde toepassing van a. 6 van evengenoemde wet.

„Het *middel* komt mij gegrond voor, omdat bij de U zooeven medegedeelde beslissing niet is gelet op de tweede alinea van gemeld a. 6.

„Wel bepaalde al. 1 van dat a.: „alvorens de inschrijving „openlijk is aangekondigd, geldt zij niet tegen derden;" maar de tweede alinea voegde er aan toe: „na de aldus „aangekondigde omschrijving wordt het recht geacht ver„kregen te zijn op den dag, waarop de in a. 2 bedoelde „aanteekening is geschied."

„Het recht op het uitsluitend gebruik van een fabrieks- of handelsmerk wordt geboren, door het depôt van het

merk en de daarop gevolgde aankondiging in de Ned. Staats-courant, en nu is, zooals uit de Memorie van Toelichting ten duidelijkste blijkt, de bedoeling geweest aan de inschrijving eene terugwerkende kracht te verleenen tot op den dag, waarop door den griffier der rechtb. de aanteekening is geschied, waarvan in a. 2 der wet wordt gesproken.

„Bedenkt men nu, dat ook van de *insending* van het merk in de Staats-courant mededeeling wordt gedaan, en deze dus op dezelfde wijze ter kennisse van het publiek wordt gebracht als de inschrijving zelve, dan is er niets onbillijks in gelegen om „ter voorkoming van kwade „praktijken", zooals de Memorie van Toelichting zegt, aan hem, die zich op de bij de wet voorgeschreven wijze het uitsluitend recht op een fabrieksmerk heeft verzekerd, de voorrechten dier formaliteit en de bescherming der wet te laten genieten van het oogenblik af, waarop hij, door de door de wet geeischte *inzending* en daarop gevolgde mededeeling in de Staats-courant, dit zijn merk heeft publiek gemaakt.

„Wel degelijk kan men dus door den verkoop en het ten verkoop voorhanden hebben van waren, voorzien van het fabrieksmerk, waarop een ander uitsluitend recht heeft, de rechten van dien persoon krenken vóór den dag, waarop de aankondiging der *inschrijving* heeft plaats gehad.

„Zóó opgevat is er ook geene tegenstrijdigheid tusschen de 1e en 2e alinea van het a. Al. 1 zegt: ter verkrijging van het uitsluitend recht is *aankondiging* noodig; zoolang deze niet heeft plaats gehad, kan de inzender van het merk van dit recht tegenover anderen geen gebruik maken, maar heeft die aankondiging eenmaal plaats gehad, dan wordt hij geacht dit recht gehad te hebben van den dag af, waarop de aanteekening is geschied. Heeft in dien

tusschentijd een ander van zijn merk gebruik gemaakt, dan heeft hij dus inbreuk gemaakt op het uitsluitend recht van den inzender, en inbreuk op eens anders recht is eene onrechtmatige daad. En nu zou ik wel willen gevraagd hebben: wat zou het hem, die het uitsluitend recht op een fabrieksmerk heeft verkregen, baten, wanneer de wet, bepalende, dat hij dit *recht* geacht wordt verkregen te hebben reeds vóór de aankondiging, inbreuk op dit recht niet door een actie *ex a.* 1401 B.-W. zou kunnen geldend maken.

„Terecht schrijft dan ook m. i. Mr. P. G. KAPPEIJNE VAN DE COPELLO JR. in zijn overzicht van de geschiedenis en jurisprudentie der Ned. Wetgeving op de handels- en fabrieksmerken (bl. 168): „Ontvankelijk is de vordering „alléén na de aangekondigde inschrijving, doch de daad „der verkrijging is die der inzending, waardoor de inzender „toont zich te willen toeëigenen, wat anders zou blijven „in het algemeen gebruik. Hierop rust het recht tot verzet „van den vroegeren inzender in a. 3, en elk gebruik *na* „*de inzending* door een ander van het merk gemaakt, blijkt „door de aangekondigde inschrijving onrechtmatig".

„Het Hof heeft alzoo m. i. al. 1 van a. 6 verkeerd toegepast, en al. 2 door niet-toepassing geschonden.

„Het *tweede middel* luidt: schending en verkeerde toepassing der a. 1 en 6 der vernoemde wet van 25 Mei 1880, *St.* n° 85, 1401 en 1932 B.-W. 5, 3°, 48, 134, 199 en 203 B.-R. omdat het Hof het door app[e] aangeboden getuigen-bewijs heeft geoordeeld niet ter zake dienende noch afdoende, niet omdat de ten bewijze aangeboden feiten zelve niet ter zake dienende noch afdoende waren, maar omdat zij betroffen latere handelingen van de geintimeerde dan waarover, naar 's Hofs oordeel, bij de dagvaarding werd geklaagd, terwijl vooreerst die beperkende

opvatting der dagvaarding steunde op den onjuisten juridieken grond, waarover in het eerste *middel* wordt geklaagd, en vervolgens, al mocht het worden aangenomen, dat de tusschen 10 Juni 1891 en 14—15 Febr. 1892 gepleegde, onrechtmatige handelingen geen grond voor de ingestelde vordering leverden, het Hof geen recht had ook na den laatstgenoemden datum gepleegde handelingen voorbij te gaan, en daarenboven al ware het Hof van oordeel geweest, dat voor deze laatstbedoelde handelingen door app^e geen voldoende rechtsgronden waren aangevoerd (wat intusschen wel het geval was) het Hof die rechtsgronden van ambtswege had behooren aan te vullen.

„Mocht de Raad mijne meening omtrent de gegrondheid van het *eerste middel* niet deelen en dus ook niet aannemen, dat de beperkende opvatting van de dagvaarding steunt op een onjuisten juridieken grond, dan geloof ik niet, dat het *tweede middel* tot vernietiging van het arr. zou kunnen leiden, omdat het Hof uitdrukkelijk beslist, dat het door de app^e aangeboden bewijs „niet is ter zake „dienende, als betreffende latere handelingen van de geïnt. „dan waarover bij de dagvaarding wordt geklaagd". Wij staan dan voor eene in cassatie onaantastbare uitlegging der dagvaarding, en bovendien komt mij de beslissing van het Hof in zijn systeem juist voor. Het arr. toch zegt: gij, eischeresse beklaagt u in uwe dagvaarding over handelingen van de ged., door haar gepleegd vóór en na het depôt van het merk, maar dan kunnen voor het bewijs van uwe vordering ook niet dienen handelingen, die eerst na de aankondiging in a. 6 der wet hebben plaats gehad. De rechter is wel verplicht de rechtsgronden van partijen aan te vullen, maar niet bevoegd voor de, naar zijn oordeel feitelijk gestelde, andere in de plaats te stellen.

„Mij rest nog een woord te zeggen over het subsidiair door de verweerderesse gesteld incidenteel *middel* van cassatie, luidende: schending en verkeerde toepassing van a. 6 van bovengenoemde wet van 25 Mei 1880, a. 1401 en 1902 B.-W. en 5, 3° B.-R. omdat het Hof niet, zooals de rechtb. bij het bevestigde vonnis heeft gedaan, de eischeresse in cassatie niet-ontvankelijk heeft verklaard, op grond, dat bij de introductieve dagvaarding niet is gesteld geworden, dat de aankondiging, bedoeld in a. 6, had plaats gehad, zoodat reeds uit dien hoofde de ingestelde vordering zou moeten worden afgewezen.

„Bedenkt men, dat bij het bestreden arr. het vonnis *a quo* werd bevestigd, waarbij de niet-ontvankelijkheid der eischeresse in hare vordering werd uitgesproken, dan komt het mij voor dat het *middel* meer tegen de motieven van het arr., dan tegen de beslissing zelve is gericht, maar bovendien komt het mij voor, dat geenszins het gemis in de dagvaarding van de vermelding van de plaats gehad hebbende aankondiging tot niet-ontvankelijk-verklaring van de eischeresse had moeten leiden.

„A. 5 *sub* 3 B.-R. schrijft voor, dat de dagvaarding moet behelzen: de *middelen* en het onderwerp van den eisch, hetgeen wil zeggen, dat uit de dagvaarding moet blijken wat en waarom de eischer heeft gevorderd; er moet geen twijfel bestaan omtrent hetgeen gevorderd wordt, en dat dit noodwendig moet voortvloeien uit de gestelde daadzaken.

„Zoo schrijft dan ook v. BONEVAL FAURE (*het Ned. Burg. Procesrecht* 2e Uitg. II, 10) waar hij over dit a. spreekt: „het exploit moet alzoo uitdrukken, wat de eischer verlangt, d. i. het recht dat hij beweert te hebben en erkend „wil zien, en datgene wat hem krachtens dit recht toe„komt, waartoe hij veroordeeling verlangt."

„*In casu* voldoet de dagvaarding zeer zeker aan dien eisch. Eischeresse stelt daarbij zoo duidelijk mogelijk, dat zij is uitsluitend rechthebbende op het fabrieksmerk; dat recht wil zij erkend zien, en zij stelt, dat de verweerderesse, door het wederrechtelijk gebruik maken van dit merk, afbreuk heeft gedaan aan haar, d i. der eischeresse recht, weshalve zij daarvoor schadevergoeding vordert.

„Beweert nu de verweerderesse, dat de eischeresse dit recht niet had of nog niet tegen haar kon doen gelden, dan zal zeer zeker de eischeresse haar recht hebben te bewijzen, zoo noodig ook dat de aankondiging der inschrijving heeft plaats gehad; maar zij is niet verplicht reeds bij de dagvaarding de bezwaren te rescontreeren, die wellicht tegen de vordering zullen worden aangevoerd.

„Het subsidiair *middel* kan alzoo niet opgaan. Daar echter, zooals ik trachtte aan te toonen, het eerste *middel* gegrond is, zoo heb ik de eer te concludeeren, dat de H.-Raad het in deze door het Gerechtshof te Arnhem gewezen arr. zal vernietigen en de zaak naar gemeld Hof zal terugwijzen, ten einde, met in achtneming van 's H.-Rs in deze te wijzen arr., te worden berecht en afgedaan, met reserve der uitspraak omtrent de kosten tot aan de einduitspraak".

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O. dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 6 der wet van 25 Mei 1880, *St.* n° 85, houdende bepalingen op de handels- en fabrieksmerken, omdat het Gerechtshof heeft beslist, dat het gebruik maken van haar merk, waarover de appe (thans eischeresse in cassatie) zich beklaagde, eerst onrechtmatig werd na de aankondiging, bedoeld in a. 6 der aangehaalde wet, welke, zooals in appel vaststond, had

plaats gehad in de Staatscourant van 14—15 Febr. 1892, n° 38;

„O. dat de eischeresse in cassatie, als oorspronkelijke eischeresse, blijkens het in hooger beroep bevestigde vonnis, bij dagvaarding, onder meer, heeft gesteld, dat zij haar fabrieks- en handelsmerk voor sigaren den 10n Juni 1891 ter griffie der rechtb. te Amsterdam heeft gedeponeerd; dat dit depôt openbaar is gemaakt bij advertentien in het Algemeen Handelsblad en in de Staatscourant van 12 Juni en 1n Juli 1891, en dat dit merk den 21n Jan. 1892 ter griffie van gemelde rechtb. is ingeschreven; dat de gedaagde vóór en na dat depôt voor den verkoop van hare sigaren van hetzelfde merk heeft gebruik gemaakt, door welke onrechtmatige daad de eischeresse schade heeft geleden, en dat zij op dien grond vergoeding van kosten, schaden en interesten heeft gevorderd;

„dat voorts, volgens het bestreden arr., vaststaat, dat de aankondiging van de inschrijving van het merk heeft plaats gehad in de Staatscourant van 14—15 Febr. 1892, n° 38;

„O. dat de ingestelde rechtsvordering bij het bestreden arr. niet-ontvankelijk is verklaard, op grond dat het gebruik van het merk der eischeresse door de ged., ingevolge a. 6 der wet van 25 Mei 1880, *St.* n° 85, eerst onrechtmatig werd na de aankondiging der inschrijving in de Staatscourant van 14—15 Febr. 1892, n° 38, en de eischeresse bij de dagvaarding dat gebruik van het merk alleen heeft geposeerd vóór en na het depôt op 10 Juni 1891, en niet na de aankondiging der inschrijving op 14—15 Febr. 1892;

„O. hieromtrent, dat wel bij de eerste alinea van gemeld a. 6 is bepaald, dat de inschrijving niet tegen derden geldt, alvorens ze openlijk is afgekondigd, maar dat de tweede alinea van dit a. aan de afgekondigde inschrijving

eene terugwerkende kracht geeft, door te bepalen dat het recht geacht wordt verkregen te zijn op den dag waarop de aanteekening is geschied, en zulks volgens de Memorie van toelichting, omdat anders de algemeene bekendheid der aanteekening ter griffie aanleiding zou kunnen geven, dat anderen nog vóór de inschrijving, tot benadeeling van den inzender, van een gelijk merk gebruik konden maken;

„O. dat hieruit volgt, dat het recht op het bedoelde handels- en fabrieksmerk niet eerst door de eischeresse was verkregen na de aankondiging der inschrijving, maar na de aanteekening van het depôt, en dat zij, na de aankondiging dier inschrijving, een uitsluitend, reeds sedert den dag dier aanteekening verkregen, recht op het merk tegen derden in rechte kon doen gelden, zoodat de eischeresse ten onrechte niet-ontvankelijk is verklaard in hare vordering wegens het door de ged^e gemaakt gebruik van het merk, na de aanteekening van het depôt;

„O. dat het eerste *middel* dus is gegrond, en het bestreden arr. dienvolgens behoort te worden vernietigd, zoodat het tweede voorgestelde *middel* niet behoeft te worden onderzocht;

„O. dat de ged., voor het geval het principaal beroep gegrond mocht worden geacht, als incidenteel *middel* van cassatie heeft voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 6 der aangehaalde wet van 25 Mei 1880, *St.* n° 85, de a. 1401 en 1902 B.-W. en a. 5, 3° B.-R., omdat het Hof niet, — zooals de rechtb. bij het bevestigde vonnis heeft gedaan, — de eischeresse in cassatie niet-ontvankelijk heeft verklaard, op grond dat bij de introductieve dagvaarding niet is gesteld geworden, dat de aankondiging, bedoeld in a. 6 der wet van 1880, *St.* n° 85, had plaats gehad, zoodat reeds uit dien hoofde de ingestelde vordering zoude moeten worden afgewezen;

„O. hieromtrent, dat, ingevolge de bepaling van a. 5, n° 3 B.-R., de dagvaarding moet bevatten het recht, waarop de vordering is gegrond; dat dit in deze is geschied door te poseeren het depôt van het merk ter griffie, de openbaarmaking daarvan en de daarop gevolgde inschrijving, als vereischten waardoor het recht der eischeresse was verkregen; en dat het Hof dan ook bij de feitelijke uitlegging der dagvaarding heeft aangenomen, dat de eischeresse daarbij haar uitsluitend recht op het merk heeft beweerd;

„dat de aankondiging van de inschrijving strekt om het uitsluitend recht tegen derden in rechte te kunnen doen gelden en alzoo betreft de ontvankelijkheid der daartoe ingestelde rechtsvordering, en dat niet wordt vereischt dat ook de gronden voor de ontvankelijkheid der rechtsvordering in de dagvaarding worden vermeld, maar dat deze, naar gelang daartoe de noodzakelijkheid blijkt, in den loop van het geding kunnen worden aangevoerd, zooals in deze heeft plaats gehad, zoodat dit *middel* is ongegrond;

„O. dat de H.-R. echter in deze niet ten principale kan recht doen, omdat de beslissing afhangt van feiten, welke bij de vroegere behandeling onopgelost zijn gelaten;

„Vernietigt het bestreden arr.;

„Wijst de zaak terug naar het Gerechtshof te Arnhem, om met inachtneming van dit arr. te worden berecht en afgedaan;

„Veroordeelt de verweerderesse in de kosten in cassatie gevallen."

N° 3465. — Arrest van 8 Maart 1895.

(A. 149 v. h. Regl. v. Schieland; wet v. 31 Jan. 1810. — A. 1902 B.-W.)

Volgt uit a. 142 *van het geldende Regl. van Schieland, dat aldaar niemand dijkplichtig is, tenzij hij binnen het waterschap dijkplichtig land bezitte?* — Neen.

Heeft de wet van 31 *van Louwmaand* 1810 *alleen ten doel gehad om waar dijkplicht bestond, de nakoming van dien plicht te regelen?* — Ja.

Volgt uit a. 18 *dier wet dat, waar Gouda dijkplichtig was vóór die wet en zulks onafhankelijk van landbezit, en die wet in Schieland tot uitvoering is gekomen, onder de heerschappij dier wet de praestatie van dien onderhoudsplicht* in natura *is blijven voortduren?* — Ja.

Is die onderhoudsplicht blijven standhouden tot op het in werking treden der Regln van 1852 *betreffende het hoogheemraadschap van Schieland?* — Ja.

Was, voor het aannemen van dien onderhoudsplicht noodig dat door den rechter nog afzonderlijk gemotiveerd werd dat de stad Gouda als zoodanig *met het ouderhoud was belast?* — Neen.

In deze zaak heeft de Proc.-G. mr. Polis de volgende conclusie genomen:

„Het arr., waartegen deze voorziening is gericht, is, met de daaraan voorafgaande conclusie van het O.-M., opgenomen in het *W. v. h. R.* van 15 Aug. 1894 n° 6527. Het uitvoerige *middel* zal ik hier niet voorlezen, maar mij bepalen tot mededeeling van de beschouwingen, waartoe de bij dat *middel* geopperde grieven mij aanleiding hebben gegeven.

„Het Hof had te beslissen, of het Hoogheemraadschap Schieland, zijne vordering tegen de gemeente Gouda gronddende op den ter dagvaarding geposeerden dijkplicht dier gemeente ten opzichte van de hoefslagen en tot en met 13 en 18 tot en met 23 in het dijkvak 93 van Schielands Hoogen Zeedijk, dien dijkplicht der gemeente Gouda heeft bewezen; en het Hof beantwoordt die vraag bevestigend, zoodat zeker niet is miskend de regel van a. 1902 B.-W., waarvan in de eerste plaats schending of verkeerde toepassing wordt beweerd.

„Het Hof beslist, dat de dijkplicht van Gouda vóór de wet van 31 van Louwmaand 1810 wordt bewezen door het overgelegde hoefslagboek van 1756, waarin Gouda als dijkplichtig voor de genoemde hoefslagen wordt vermeld. Uit dat hoefslagboek blijkt, volgens het Hof, niet dat de dijkplicht van Gouda steunde op bezit van dijkplichtig land, maar het Hof neemt aan, wat het ook als tusschen partijen onbetwist aanmerkt, dat uit de overgelegde hoefslagboeken blijkt, dat behalve de normale dijkplicht, d. i. de dijkplicht, welke inhaerent was aan het bezit van dijkplichtig land, er ook kon bestaan dijkplicht op andere gronden dan zoodanig bezit berustende, en dat zoodanige dijkplicht ten laste van Gouda alsnog bestaat. En nu is de eerste bewering van het *middel*, dat, in strijd met Schielands regl., is aangenomen dijkplicht van Gouda, alhoewel Gouda geen dijkplichtig land bezit. Maar dan zal indien Gouda, schoon geen dijkplichtig land bezittende, toch vóór het regl. van 1851 dijkplichtig was, — en ook dat neemt het Hof aan, — die abnormale dijkplicht door het regl. moeten zijn afgeschaft, wat echter het geval niet is, vermits in de a. 101 en 173 van het Regl., naast den dijkplicht van ingelanden, die van *derden* wordt erkend, en zoowel voor wat betreft de bevoegdheid van dijkgraaf en hoogheemraden, om de uitvoering van werken te bevelen, en bij weigering of nalatigheid ten koste van de verplichten te doen uitvoeren, als voor wat betreft de bevoegdheid van Ged.-Staten om kennis te nemen van en te beslissen over alle geschillen van bestuur tusschen het Hoogheemraadschap en de met onderhoud belasten, ingelanden en *derden* volkomen zijn gelijk gesteld. Feitelijk staat dan ook vast (20e overw.), dat, na het in werking treden van het Regl., in het in 1852 opgemaakte hoefslagboek, al was dit volgens a. 144 van het Regl. slechts bestemd tot aanwijzing van

de dijkplichtige perceelen en van de hoefslagen, met welker onderhoud zij belast zijn, toch ook de in geschil zijnde hoefslagen als door Gouda onderhouden wordend, zijn vermeld. Wel een bewijs, dat men er toen niet aan dacht, dat Gouda's dijksplicht door het Regl. zou zijn vervallen, terwijl zelfs Gouda in 1856, door dijkgraaf en hoogheemraden daartoe uitgenoodigd, de bedoelde hoefslagen heeft doen hoogen, (zoo in dezelfde 20e overw.).

„Toegegeven moet echter worden, dat de a. 142 en volgg. van het Regl. alleen betrekking hebben op den normalen, op bezit van dijkplichtig land steunenden dijkplicht, maar daaruit kan m. i. alleen volgen, dat men het bij dit Regl., voor wat betreft den abnormalen dijkplicht, bij het oude heeft willen laten. Even onjuist als de eerste stelling van het *middel* komt mij voor de tweede, dat, al neemt men aan dat Schielands Regl. dijkplicht, die niet steunt op bezit van dijkplichtig land, niet uitsluit, dan toch had moeten blijken op welken rechtsgrond de dijkplicht van Gouda rust. De dijkplicht van Gouda vóór de wet van 1810, die, ik zeg het den eischer na, geen dijkplicht schiep, maar ook, zooals uit a. 18 blijkt, abnormale dijkplichten, waar zij bestonden, niet ophief, wordt door het Hof bewezen geoordeeld door het hoefslagboek van 1756. En nu moge denkbaar zijn civielrechtelijke verplichtingen, die niet zijn *dijkplicht*, maar contractueele obligo's, uit niets blijkt dat oudtijds abnormale *dijkplicht*, niet bij convenant of op welke wijze dan ook kon worden gevestigd, of dat abnormale dijkplicht, d. i. dijkplicht niet berustende op bezit van dijkplichtigen grond, maar op eene stad als zoodanig, onbestaanbaar was, en het Hof, op grond van het hoefslagboek van 1756 aannemende, dat hier dijkplicht van Gouda bestond, al is niet gebleken dat Gouda dijkplichtig land bezat, kan daardoor de wet niet geschonden hebben,

omdat uit geen enkele bepaling van geschreven recht blijkt, dat het hoefslagboek slechts dan tot bewijs van abnormalen, niet op bezit van dijkplichtig land steunenden dijkplicht, kan strekken, indien de rechtsgrond daarvan in het hoefbeslagboek is vermeld, of van elders blijkt.

„Of bewijst misschien de naam *hoefslagboek*, dat zoodanig boek alleen bestemd was tot boeking van de, op landbezit steunende onderhoudsplichtigheden. Dat werd voor Gouda gepleit, doch ik meen ten onrechte: Het woord *hoefslag* moge in zijne eigenlijke beteekenis te kennen geven, zooals WEILAND het uitdrukt, „het gedeelte van den dijk of weg, „welke iedere *hoeve* moet maken of herstellen, en waarop „dezelve is aangeslagen", wat bewijst dit tegenover het door het Hof in de 3e overw. geconstateerde feit, dat ook abnormale dijkplichten in de hoefslagboeken werden vermeld, terwijl dan ook in de ten processe overgelegde hoefslagboeken (de Raad kan zich daarvan overtuigen) niet de dijkplichtige landen zijn aangenomen, maar de namen van de personen, die den dijkplicht hadden te praesteeren, zoodat alleszins aannemelijk is, dat het woord *hoefslag* werd gebezigd voor het dijksgedeelte dat te onderhouden was, onverschillig op welken grond de dijkplichtigheid steunde. En dan moge zoowel a. 34 van de oude keur van Schieland, als Schielandkeur van 1756 wegens het overboeken der hoefslagen alleen gelden de hoefslagen van *ingelanden*, daaruit volgt niet, dat het hoefslagboek niet bestemd was tot constateering van dijkplichten, niet steunende op landbezit, vermits voor die dijkplichten geene maatregelen voor behoorlijke overboeking *in cas van alienatie van met dijkplicht bezwaarden grond* behoefde voorgeschreven te worden, en dus van die dijkplichten in de keuren op de overboeking, in cas van alienatie, geene melding behoefde te worden gemaakt.

In de derde plaats komt de eischer op tegen 'sHofs redeneeringen uit en naar aanleiding van de wet van 1810. Het Hof overweegt, dat het vóór de wet van 1810, zoolang de dijkplicht *in natura* werd gepraesteerd, onverschillig was uit welken hoofde Gouda dijkplichtig was, doch dat, toen die wet, *ofschoon geene verandering brengende in den dijkplicht zelven*, verandering kwam brengen in de wijze van vervulling daarvan, het van belang was te constateeren of de dijkplicht van Gouda op landbezit steunde, dan wel was abnormaal, vermits in het laatste geval de verplichting van Gouda zich, volgens a. 18 der wet van 1810, niet zou oplossen in eene contributie in geld, maar praestatie *in natura* zou blijven; dat, toen dijkgraaf en hoogheemraden uitvoering aan de wet van 1810 wilden geven, en zich te dien einde wendden tot den maire van Gouda, deze, bij brief van 12 Aug. 1810, den dijkplicht van Gouda, voor wat de hoefslagen in geschil betreft, *die trouwens ook bewezen was door het hoefslagboek van* 1756, heeft erkend, en wel als dijkplicht niet berustende op bezit van dijkplichtig land, en dus vallende in a. 18 der wet van 1810; dat het hoogheemraadschap instemde met het door den maire van Gouda 's dijkplicht toegekende karakter, blijkende dit daaruit, dat het de hoefslagen van Gouda behandelde als verkeerde de stad in het geval van a. 18 der wet van 1810, daar toch die hoefslagen bij de tabellen van 1812 en 1825, opgemaakt ter voldoening aan a. 4 en volgg. der wet van 1810, buiten taxatie werden gehouden, en daarachter werd aangeteekend „wordt onderhouden bij de stad Gouda"; dat vermits tusschen partijen is onbetwist, dat Gouda ook na de wet van 1810, voor wat zijne hoefslagen betreft, den dijk *in natura* heeft onderhouden, als vaststaande mag worden aangenomen, dat partijen het, bij de aan de wet van 1810 gegevene uitvoering, er over eens waren,

dat de dijkplicht van Gouda, als niet berustende op bezit van dijkplichtig land, viel in a. 18 der bedoelde wet, en dat dus Gouda, krachtens dat a., met het onderhoud van den dijk belast bleef; dat wel de wet van 1810 door die van 28 April 1835 is ingetrokken, maar dat, naar luid van a. 2 dezer laatste wet zijn blijven bestaan de bijzondere *regln*, *bepalingen en inrichtingen*, in werking zijnde ten gevolge van de wet van 1810, totdat daarin op eene andere wijze zou zijn voorzien, en dus ook in stand is gebleven de regeling door Schieland, ter uitvoering van de wet van 1810 gemaakt, waarbij de gewone dijkplicht werd omgezet in geld, die *in natura* werd gehandhaafd, terwijl ook bij het regl. van 1851 die abnormale dijkplicht niet is afgeschaft.

„Dat op dit laatste punt mijne opvatting overeenstemt met die van het Hof, heb ik reeds gezegd. Dat de wet van 1810 geen dijkplicht schiep, doch den dijkplicht in zijne uitoefening regelde wordt terecht bij het *middel* beweerd. Maar dat is ook de leer van het Hof, dat, den dijkplicht van de stad door het hoofdslagboek van 1756 bewezen oordeelende, toen de wet van 1810 werd ingevoerd, beslist, dat door die wet daarin geene verandering is gebracht, en dien dijkplicht, als ook nu nog door Gouda *in natura te praesteeren* aanneemt, niet op grond van de wet van 1810, die reeds in 1835 werd ingetrokken, maar op grond van de regeling, die, ter uitvoering van de wet van 1810, in overeenstemming met Gouda, is gemaakt, en ondanks de intrekking van die wet is blijven bestaan.

„Den eischer schijnt tot zijne, m. i. onjuiste, opvatting van het arr. aanleiding gegeven te hebben de uitdrukking in de 13^{e} overw., dat Gouda, *krachtens a.* 18 *der wet van* 1810 *met het onderhoud van den dijk belast bleef*. Beschouwt men echter die uitdrukking in verband met hetgeen daaraan voorafgaat, dan is het duidelijk, dat het Hof niets

anders heeft willen zeggen dan dat partijen bij de uitvoering, die aan de wet van 1810 gegeven werd, het er over eens waren, dat, krachtens a. 18 der wet van 1810, in den aard van Gouda's dijkplicht geene verandering mocht komen, maar die dijkplicht, die niet door de wet van 1810 werd opgeheven, moest blijven dijkplicht *in onderhoud*, niet in geld.

„En nu is nog wel beweerd, dat de regeling, die in voege voorschreven ter uitvoering van de wet van 1810 gemaakt is, niet is een geval als in a. 2 der intrekkingswet van 1835 bedoeld, maar dat is niet overeen te brengen met de woorden van het a., die in hunne algemeenheid deze regeling niet uitsluiten.

„De eischer zou, om in zijne defensie te slagen, moeten kunnen aantoonen, dat Gouda's dijkplicht, die reeds vóór de wet van 1810 bestond, en ook na die wet is blijven bestaan, zooals hij was, als dijkplicht in onderhoud, bij eenige latere wet, wettelijk reglement, of rechtshandeling is opgeheven; maar hij kan zich, zooals reeds is gezegd, daarvoor niet beroepen op Schielands Regl. van 1851, en ook niet op de wet van 9 Oct. 1841, *St.* n° 42, welker 17e a. in het *middel* is genoemd, omdat de strekking dier wet niet is bestaande dijkplichtigheden te doen vervallen of te wijzigen, terwijl uit niets, ook niet uit dat a. 17, valt af te leiden, dat die wet op dijkplichten, die niet steunen op bezit van dijkplichtig land, niet toepasselijk zoude zijn, of dat zoodanige dijkplichten in den zin der wet van 1841 geene *dijkplichten* zijn.

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O., dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending

en verkeerde toepassing van de a. 1902 B.-W., 142 tot 149 van het Reglement van Schieland, goedgekeurd bij Kon. besluit van 17 Dec. 1851, n° 21, gewijzigd in de jaren 1852, 1856, 1862, 1866, 1874 en 1876, goedgekeurd bij de Kon. besluiten van 28 Juli 1852, n° 48, 2 Aug. 1856, n° 69, 23 Dec. 1862, n° 83, 8 Juni 1866, n° 19, 3 Dec. 1874, n° 47, en 25 Aug. 1876, n° 9, de a. 1, 2 en 18 der wet van 31 Louwmaand 1810 (VAN HAMELSVELD III, 1), de a. 1 en 2 der wet van 28 April 1835, *St.* n° 9, 138 der Prov.-wet en 192 Grw. van 1848, a. 17 der wet van 9 Oct. 1841, *St.* n° 42, 1, a. 29 tot 34 van de oude keur van Schieland van 25—26 Mei 1622, en de keur van Schieland wegens het overboeken der hoefslagen op den Zeedijk tusschen Rotterdam en Gouda, van 26 Juni 1756;

„omdat, in strijd met Schielands reglement, Gouda's dijkplicht is aangenomen, schoon Gouda geen dijkplichtig land bezit;

„omdat, al wilde men aannemen dat Schielands Reglement den dijkplicht *ex alia causa* niet uitsluit, dan toch had moeten blijken op welken rechtsgrond de dijkplicht der stad zou rusten; te meer, nu geen contractueele grond werd beweerd, veelmin is bewezen;

„omdat voorts een beroep op a. 18 der wet van 1810 niet baten kan: eensdeels, vermits die wet in 1835 is ingetrokken en van een transitoir geval, als in a. 2 der intrekkingswet bedoeld, hier geen sprake kan zijn, of anders het opgevolgd Statenreglement voor Schieland dat zou hebben opgeheven, maar bovenal, omdat de wet van 1810 geen dijkplicht schiep, doch den dijkplicht slechts in zijne uitoefening regelde en dan ook ter toepassing van het ingeroepen a. 18 dier wet de dijkplicht der stad van elders moet zijn bewezen, en bovendien moet blijken dat die

dijkplicht rustte op de stad als zoodanig; terwijl, wat dit laatste betreft, daaromtrent rechtens niet is gebleken, en, wat het eerste aangaat, het arr. wel op grond van het hoefslagboek van 1810 den dijkplicht, als destijds op Gouda rustend, aanneemt, doch het Hof, zelf tot de slotsom gekomen dat Gouda ook destijds geen dijkplichtig land had, het hoefslagboek niet tot het bewijs van dijkplicht had mogen bezigen;

„O. aangaande het eerste onderdeel van dit *middel*, dat wel a. 142 van het geldende Reglement van Schieland inhoudt, dat de landen, welke met het onderhoud der dijken belast zijn, daarmede belast blijven, en dat hunne dijkplichtigheid, behoudens tegenbewijs, door het hoefslagboek wordt bewezen, doch hieruit niet, gelijk de eischer wil, volgt dat aldaar niemand dijkplichtig is, tenzij hij binnen het waterschap dijkplichtig land bezitte;

„dat toch het Reglement, nevens den op dezen grondslag berustenden (in 's Hofs arr. als normaal aangeduiden) dijkplicht, onder andere in zijne a. 101 en 173 erkent — zeker dus niet, gelijk bij het derde onderdeel van het *middel* schijnt beweerd te worden, afschaft — het bestaan van zoogenaamd abnormalen dijkplicht van anderen oorsprong; dat, waar in a. 142 dijkplichtigheid, overeenkomstig den taalkundigen zin van dit woord, wordt aangeduid als de in *het onderhoud der dijken* bestaande last of plicht, en het Reglement eene gehoudenheid daartoe uit anderen hoofde dan landbezit erkent, het niet aangaat om met den eischer aan dat woord eenen beperkten zin te geven, door als dijkplicht naar het Reglement alleen aan te merken onderhoudsplicht *berustende op landbezit;*

„dat, waar alzoo moet worden aangenomen dat Schielands huidige Reglement onder dat woord onderhoudsplicht uit welken hoofde ook, verstaat, vervalt de grondslag voor

eischers beklag over schending van de daaruit door hem aangevoerde bepalingen en tevens de grondslag van zijn beroep op a. 17 der Waterschapswet van 1841, volgens hem geschonden, omdat het aldaar toegelaten tegenbewijs tegen het aan een waterschapsreglement ontleende bewijs van schuldplichtigheid hier aanwezig zou zijn door het vaststaande feit, dat Gouda geen dijkplichtig land binnen Schieland bezit;

„Ten aanzien van het tweede onderdeel van het *middel:*

„O., dat het Hof het bewijs der dijkplichtigheid van Gouda vóór het in werking treden der tegenwoordige reglementen ontleent eensdeels, aan het hoefslagboek van 1756, waarin de stad als dijkplichtig voor de hoefslagen, dat is de dijksgedeelten over welker onderhoud het geding loopt, wordt vermeld; anderdeels hieraan, dat, toen de straks te bespreken wet van 1810 in Schieland tot uitvoering stond te komen, het Gemeentebestuur den reeds uit het boek van 1756 voortvloeienden onderhoudsplicht heeft erkend, zulks als onafhankelijk van landbezit bestaande, en Schieland met deze opgaaf omtrent omvang en karakter der gehoudenheid heeft ingestemd; eindelijk aan het feit, dat dienovereenkomstig de onderwerpelijke hoefslagen zoowel onder de heerschappij der wet van 1810 als na hare afschaffing en zelfs na de invoering van het Reglement van 1810 *in naturâ* door Gouda zijn onderhouden;

„dat dus het voortbestaan van den bedoelden dijkplicht op in het arr. vermelden gronden, namelijk het oude hoefslagboek en de gedragingen van partijen sinds 1756, als bewezen is aangenomen;

„dat eischer wel beweert, dat de overlegging van een contract of anderen titel, waarop de abnormale dijkplichtigheid berust, nevens het hoefslagboek vereischt zou zijn

om deze te mogen aannemen, doch die bewering niet tot cassatie kan leiden bij gebreke van eenige, door eischer niet aangevoerde, bepaling van geschreven vroeger of later recht die haar steunt, of die de bewijskracht van een oud hoefslagboek beperkt tot dijkplichtigheid krachtens landbezit;

„dat evenmin vaststaat het ter ondersteuning van dit onderdeel bijgebrachte beweren, dat „hoefslag" uitsluitend de beteekenis zou hebben van den met dijksonderhoud bezwaarden grond (hoeve), daar toch het onderwerp van dit geding zijn: eenige als *hoefslagen* aangeduide te onderhouden dijksgedeelten, en het woord in dezen zin eveneens voorkomt in de a. 32 en 33 der Schielansche keur van 1696, terwijl ook de inrichting van het oude hoefslagboek niet strookt met eischers woordverklaring, dewijl het, in stede van dienovereenkomstig te bevatten de aanwijzing der met het dijksonderhoud bezwaarde *gronden*, aanwijst de daartoe gehouden *personen;*

„Ten aanzien van het derde onderdeel:

„O., dat de eischer terecht stelt, dat de wet van 31 van Louwmaand 1810 niet ten doel heeft gehad om dijkplicht te scheppen, maar enkel om de nakoming van dien plicht, daar waar hij bestond, te regelen; dat echter reeds uit het voren overwogene en bovendien uit den aanhef van 's Hofs 8^e rechtsoverw. volgt de onjuistheid van eischers bewering, dat het Hof, geen bewijs voor eenen aan die wet voorafgaanden dijkplicht der stad hebbende gevonden, dit aan die wet zelve, tegen hare voorgezegde strekking in, zou hebben ontleend;

„dat, nu eenmaal beslist was dat Gouda dijkplichtig was vóór de wet van 1810, en tevens werd beslist dat, gelijk ook eischer niet betwist, die wet in Schieland tot uitvoering is gekomen, het Hof met recht kon beslissen

dat onder de heerschappij der toen uitgevaardigde wet de prestatie van dien alouden onderhoudsplicht *in naturâ* was blijven voortduren, omdat a. 18 daarvan inhield dat de steden of plaatsen, welke tot hiertoe als zoodanig met eenig onderhoud van dijken zijn belast geweest, daarmede belast zouden blijven;

„dat die verplichting zelfs tot op het in werking treden der reglementen van 1852 was blijven standhouden, omdat de afschaffing der wet van 1810 door die van 28 April 1835, *St.* n° 9, was gepaard gegaan met instandhouding, tot op andere voorziening daarin, der toen in werking zijnde bijzondere reglementen, bepalingen en inrichtingen, en tot deze laatste behoorde het dijksonderhoud *in naturâ*, waaromtrent in 1810 eenstemmigheid tusschen het waterschap en de stad was verkregen, en hetwelk deze laatste vervolgens steeds had gepresteerd;

„O. dat, om tot dit beroep op a. 18 voormeld gerechtigd te wezen slechts uitgemaakt behoefde te zijn en uitgemaakt is, dat de onderhoudsplicht van Gouda niet berustte op het bezit van dijkplichtig land, zonder dat, gelijk het *middel* wil, noodig was nog afzonderlijk te motiveeren dat de stad *als zoodanig* met onderhoud was belast;

„dat immers daadwerkelijk die beslissing reeds in de voorafgaande motieven is vervat, omdat voormelde woorden, blijkens den terugslag van a. 18 op a. 2 en volgende der wet, niets anders aanduiden dan dat, terwijl ingeval van op landbezit berustende dijkplichtigheid ook van rechtspersonen hare prestatie *in naturâ* wordt afgeschaft en omgezet in geld, dit niet geschiedt, zoo zij *onafhankelijk van grondbezit* rust op steden en plaatsen;

„dat eindelijk uit het voren overwogene volgt, dat de bewering, als zoude het Hof den dijkplicht hebben afgeleid uit een hoefslagboek van 1810 en dus uit bescheiden

van lateren datum dan gezegde wet, haren feitelijken grondslag mist;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer, gelijk hij procedeert, in de kosten."

N° 3466. — Arrest van 20 Maart 1895.

(A. 721 B.-R.; a. 2014 B.-W.)

Moet onder het woord „bezitter" in a. 721 *B.-R., ingevolge den regel van het eerste lid van a.* 2014 *B.-W. niet in het algemeen de bezitter in civielrechtelijken zin, maar de houder worden verstaan?* — Ja.

Kan daar, waar vaststaat dat een ander dan degeen die zekere goederen onder zich heeft, daarvan eigenaar is, van een eigenlijken bezitter dier goederen sprake zijn? — Neen.

Moet, waar krachtens gemeld a. 721 *revindicatoir beslag is gelegd onder hem die ten name van een ander zekere goederen onder zich heeft, tegen eerstbedoelden niet tegen laatstbedoelden persoon de revindicatie en de vordering tot van-waarde-verklaring van het beslag worden ingesteld?* — Ja.

Namens den Proc.-Gen. heeft de Adv.-Gen. Patijn in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Bij het door het Gerechtshof te Amsterdam bevestigd vonnis van de arr.-rechtb. aldaar werd de eischer niet-ontvankelijk verklaard in zijne tegen den nu verweerder ingestelde vordering tot revindicatie met van-waarde-verklaring van het door hem onder derde gelegd revindicatoir beslag, op grond dat de eischer nòch als bezitter nòch als houder der goederen is te beschouwen.

„Het Hof vereenigde zich in zijn arr. met de gronden, waarop die niet-ontvankelijkheid werd uitgesproken en voegde daaraan deze overw. toe:

„„O. toch, dat bij het vaststaande feit, dat meergenoemde „goederen zijn opgeslagen in het Entrepotdok, onder be-

„zitting van derden, geïntimeerde niet als houder of be-
„zitter in engen zin van de gereclameerde goederen is te
„beschouwen, en zoowel uit den aard van de revindicatie
„en het revindicatoir beslag, als uit de desbetreffende
„wetsbepalingen, ook in het licht der historie bezien, moet
„worden afgeleid, dat slechts tegen den werkelijken houder,
„tegen hem, die het goed onder zich heeft, de actie tot
„revindicatie en de van-waarde-verklaring van het revin-
„dicatoir beslag kan worden ingesteld."

„Hiertegen is het *middel* van cassatie gericht, luidende: schending en verkeerde toepassing van de a. 721 en 726 B.-R., 585, 629 en 1756 B.-W., omdat het Hof heeft geoordeeld, dat de actie tot van-waarde-verklaring van het onder een derden houder gelegd revindicatoir beslag slechts tegen dien derde en niet tegen hem, voor wien hij dat goed houdt, ontvankelijk is.

„Het komt mij voor, dat die beslissing niet in strijd, maar geheel in overeenstemming is met de a. 721 en 726 B.-R. en a. 629 B.-W. in het *middel* als geschonden of verkeerd toegepast voorgesteld.

„A. 726 toch zegt, dat binnen acht dagen de eisch tot van-waarde-verklaring van het gedaan revindicatoir beslag zal moeten worden ingesteld voor den bevoegden rechter van den persoon *tegen* wien het beslag gedaan is, en dat hiermede niemand anders bedoeld wordt dan de *houder* van de in beslag genomen goederen, volgt m. i. duidelijk uit de bepaling van het, ook voor roerende zaken geldend (cf. Asser. *Handl.* I, 41), a. 629 B.-W., dat den eigenaar het recht geeft om de hem toebehoorende zaak van iederen *houder* terug te vorderen, zoodat, waar a. 721 B.-R. spreekt van *bezitter*, daaronder, zooals Oudeman (III, 105) aantoont, ook diegenen worden verstaan, welke *houders* der zaak zijn, die het goed feitelijk onder zich hebben.

„Die schrijver herinnert er aan hoe die opvatting ook door den H.-R. reeds bij een arr. van 28 Maart 1844 (v. D. Hon. B.-R. V, 239) werd gedeeld, en van Bonnevale Faure (2e druk I, 301) wijst er mede op, dat de uitdrukking *elken bezitter* in a. 721 niet juist is, omdat de wetgever kennelijk bedoeld heeft de *bloote houder*, daar juist tegen den *bezitter* van roerend goed de revindicatie in den regel uitgesloten is.

„Waar de wetgever in Frankrijk zich in a. 831 *C. de Pr. C.* bediende van de woorden „celui *sur* qui la saisie est faite" heeft hij ook daarmede, zooals Carré (IV, 572) leest, bedoeld „celui *chez* qui la saisie est faite", zooals het in het voorgaand a. luidt, en bij ons heeft men met de uitdrukking *tegen wien* niet anders bedoeld dan *bij* of *onder* wien de inbeslagneming gedaan is, zooals o. a. op goede gronden wordt aangetoond in een vonnis van de arr.-rechtb. te Amsterdam van 15 Jan. 1884 (*W. v. h. R.* 5036).

„Terecht schrijft dan ook m. i. Oudeman (l. c. bl. 109): „De eisch tot van-waarde-verklaring wordt ingesteld tegen „den persoon, tegen, dat is bij en onder, wien het beslag „gedaan is, en die dus, gelijk de regeering zeide in het „bezit van het goed is. Bezit deze die goederen voor een „ander, dan kan hij dengene van wien hij zijn recht ont„leent, tot vrijwaring oproepen en vorderen buiten het „geding te worden gesteld."

„Hoe men nu ook moge denken over den aard der actie in a. 629 B.-W. den eigenaar gegeven tot terugvordering ook van *roerende* goederen, hetzij men daarin ziet de oude *revindicatio* dan wel eene *actio in rem scripta* met eene reëele executie, zooals de geachte pleiter voor den eischer betoogde, in ieder geval staat het vast, dat we hier te doen hebben met eene *van-waarde-verklaring* van een krachtens a. 721 en vlg. B.-R. gelegd revindicatoir beslag, welke a. speciaal voor *roerende* goederen gelden; heeft nu de

inbeslagneming onder een derde plaats gehad dan kan de actie tot van-waarde-verklaring ook alleen tegen dien derde, den werkelijken houder, den persoon onder wien de inbeslagneming heeft plaats gehad, worden ingesteld.

„Daargelaten de vraag of tusschen den eischer en den verweerder heeft bestaan eene contractueele verhouding, die den eischer het recht zou geven van den verweerder de in het Entrepôt-dok opgeslagen goederen terug te vorderen, komt mij alzoo de door het Hof gegeven beslissing omtrent de niet-ontvankelijkheid der vordering tot van-waarde-verklaring van het gelegd beslag tegen dezen verweerder alleszins juist voor na de zeer zeker feitelijke beslissing, dat de verweerder niet was de *houder* van die in het Entrepôt-dok gesaisisseerde goederen.

„Ik heb mitsdien de eer te concludeeren tot verwerping van het ingesteld beroep met veroordeeling van den eischer in de kosten".

ARREST. — De H.-R. der Ned., enz.

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O. dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 721 en 726 B.-R., 585, 629, 1756 B.-W., omdat het Hof heeft geoordeeld, dat de actie tot van-waarde-verklaring van het onder den derden houder gelegd revindicatoir beslag slechts tegen dien derde en niet tegen hem voor wien hij het goed houdt, ontvankelijk is;

„O., dat volgens het bestreden arr. en het daarbij bevestigde vonnis feitelijk vaststaat, dat de eischer is eigenaar van verschillende koopmansgoederen, die ten name van de firma H. P. M. en C° zijn opgeslagen en berusten in het Amsterdamsche entrepôtdok, onder bewaring van den magazijnmeester van dat entrepôtdok; dat de eischer aldaar revindicatoir beslag op die goederen heeft gelegd

en vervolgens tegen den ged. H. P. M. de rechtsvordering heeft ingesteld tot uitlevering van gemelde goederen en tot van-waarde-verklaring van het revindicatoir beslag;

„O. dat de eischer in deze vordering niet-ontvankelijk is verklaard, op grond, dat de ged. niet was houder van de goederen, waarvan de uitlevering werd gevraagd, en dat tegen deze beslissing het *middel* van cassatie is gericht;

„O. hieromtrent, dat de eigenaar zijn goed, volgens a. 629 B.-W., kan opvorderen van iederen houder;

„dat het Hof uit de vaststaande feiten heeft afgeleid, dat de ged. niet was de houder van de gerevindiceerde goederen, daar hij niet zelf die goederen onder zich had, maar deze waren opgeslagen in het entrepôt-dok, onder berusting van derden, en daardoor aan de vrije beschikking van den ged. onttrokken;

„O. dat de eischer dan ook, krachtens a. 721 B.-R., die goederen in revindicatoir beslag heeft genomen, niet onder handen van den ged., maar onder den houder, het entrepôt-dok, en zulks overeenkomstig den zin van het in genoemd a. gebezigde woord „*bezitter*", waaronder, ingevolge den regel van het eerste lid van a. 2014 B.-W., niet in het algemeen moet worden verstaan de bezitter in civielrechtelijken zin, maar de houder, terwijl bovendien in deze van een eigenlijken bezitter ook geen sprake zou kunnen zijn, omdat tusschen partijen *in confesso* is, dat de eischer is eigenaar van de gerevindiceerde goederen;

„O. dat na dit revindicatoir beslag onder den gemelden houder, ook tegen hem, ingevolge gemeld a. 629 B.-W., de revindicatie, en ingevolge a. 726 B.-R., de vordering tot van-waarde-verklaring van het beslag had moeten zijn ingesteld, daar toch in laatstgemeld a. de woorden: „tegen wien de inbeslagneming gedaan is", als betreffende een beslag tot revindicatie, ook volgens de toelichting der

Regeering bij de vaststelling van het a., niet anders kunnen worden opgevat dan: „onder wien het beslag is gelegd", gelijk dit ook in de overeenstemmende a. 830 en 831 van den *Code de Procédure* is uitgedrukt door de woorden: „chez qui" en „sur qui elle est faite", zoodat de vordering tegen den ged. te recht niet-ontvankelijk is verklaard;

„O. dat nu wel de bepaling van a. 1756 B.-W. aanleiding zou hebben kunnen geven, om met den houder ook den bewaargever van het gearresteerde goed, of diens rechtverkrijger, mede in het geding te roepen, ten einde tot de afgifte van dat goed mede te werken, maar niet ten gevolge kan hebben, dat de vordering tot uitlevering en tot van-waarde-verklaring van het revindicatoir beslag, rechtstreeks en enkel tegen den ged. ingesteld, tegen hem ontvankelijk zoude zijn;

„O. dat derhalve geen der aangehaalde a. is geschonden of verkeerd toegepast, en dus het *middel* is ongegrond;

„Verwerpt het beroep in cassatie en veroordeelt den eischer in de daarop gevallen kosten."

N° 3467. — Arrest van 28 Maart 1895.

(A. 1832, 1834 B.-W., j° a° 21 der wet op het Notarisambt).

Is de vraag of het bezit van eene blanco volmacht bij zekeren persoon en het daarvan door dezen gemaakt gebruik inderdaad de daaruit door den rechter gemaakte gevolgtrekking wettigen, geheel van feitelijken aard? — JA.

Kunnen door de bevestigende beantwoording dier vraag noch de a. 1832 *en* 1834 *B.-W.*, *noch a.* 21 *der wet op het Notarisambt geschonden zijn?* — JA.

Kan in geen geval tot cassatie leiden eene bewering, die niet is gevoerd voor den rechter over de feiten, en waaromtrent

de bestreden uitspraak derhalve geene beslissing inhoudt? — JA.

Kan eene vergissing tot cassatie leiden, indien zij betreft eene voor de beslissing der zaak geheel onverschillig punt? — NEEN.

De Proc.-Gen. mr. POLIS heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De vordering door den verweerder in cassatie tegen den eischer ingesteld was daarop gegrond, dat H. M. van de familie DE G. opdracht hebbende ontvangen om hare onroerende goederen, bekend onder de benaming van Elsloo, Osen en Waten, te doen verkoopen, aan den eischer heeft aangeboden hem dien verkoop toe te vertrouwen, onder voorwaarde, dat de eischer hem van het daarvoor te genieten honorarium een deel, vastgesteld op 1½ pCt. van het bedrag van den koopprijs, zou afstaan; dat de eischer dit aanbod heeft aangenomen; dat de verweerder daarop aan den eischer heeft ter hand gesteld de blanco volmacht tot dien verkoop van de echtelieden graaf en gravin de G., van hun zoon P. en hunne dochter Z.; dat de goederen te Elsloo, krachtens die volmacht, door H. G. M. T., kantoorbediende bij den eischer, ten overstaan van dezen, den 28n Jan. 1887 in het openbaar zijn verkocht voor f 250,000; dat, krachtens dezelfde volmacht, de goederen van Osen door den eischer, door genoemden T. in zijne plaats gesteld, den 19n Dec. 1887 in het openbaar, ten overstaan van den notaris L. te Roermond, zijn verkocht voor f 490,000; dat dus de vereenigde opbrengst der verkochte goederen bedraagt f 740,000, dus het aan M. in de verdienste des eischers toegezegde aandeel f 11,100 beloopt, en de verweerder, als eenige erfgenaam van H. M., die som van den eischer te vorderen heeft. De rechtb. oordeelde die beweringen gegrond, en veroordeelde den eischer in cassatie tot betaling aan den verweerder van de som

van f 11,100, condemnatie die door het Hof bevestigd werd tot een bedrag van f 10791.90, omdat gebleken was dat voor sommige onder Linne, voor de som van f 20,540 verkochte goederen, die niet aan de familie DE G. toebehoorden, door de eigenaars rechtstreeks eene volmacht tot verkoop aan den eischer gezonden was.

„Het eerste *middel* tegen 's Hofs uitspraak aangevoerd, is: schending en verkeerde toepassing van de a. 1832 en 1834 B.-W.; in verband met a. 21 der wet op het Notarisambt, doordien het Hof besliste, dat het ter hand stellen aan iemand van eene blanco volmacht dezen de bevoegdheid geeft om met die volmacht naar willekeur te handelen, en *in casu* om een notaris te belasten met den verkoop van goederen krachtens die blanco volmacht, terwijl integendeel daardoor alleen de bevoegdheid aan den houder wordt gegeven om den naam van een lasthebber in te vullen, en *in casu* dit niet de naam van den eischer in cassatie mocht zijn, wijl deze als notaris geene acte mocht verlijden, waarin hij, zij het ook in hoedanigheid van gemachtigde, als partij voorkwam.

„Van dat alles is in de vorige instanties niets beweerd.

„De beslissing van het Hof, waarop het *middel* schijnt te doelen, is opgenomen in de 5e rechtsoverw., waar het heet, dat uit den, door app. (eischer in cassatie) overgelegden brief van DE G., d.d. 30 Sept. 1886, wel resulteert, dat appellant, door tusschenkomst van M. notaris was geworden van de familie DE G., en dat DE G. de door M. gedane keuze goedkeurde, maar dat daaruit noch stilzwijgend, noch uitdrukkelijk voortvloeit, dat app. nu ook *per se* als notaris met de verkooping werd belast; dat integendeel de tusschen partijen onbetwiste omstandigheid, dat M. in Jan. 1887 de blanco volmacht tot het houden der verkoopingen, welke hij van DE G. had ontvangen,

aan app. tegen bewijs van ontvangst heeft gezonden, eerder aantoont, dat het geheel van M. afhing, of app. of een ander met de verkooping zou worden belast.

„Dat is meen ik zuiver feitelijk; uit het feit der toezending door M. aan den eischer in cassatie van de van de G. ontvangen blanco volmacht leidt het Hof af, dat M te kiezen had den persoon, dien hij met de verkooping zou belasten, en die gevolgtrekking is evenmin in strijd met de definitie van het mandaat in a. 1832 B.-W., als met den regel van a. 1834 B.-W., dat de mandataris zijn last niet mag te buiten gaan, terwijl ook a. 21 der wet op het Notarisambt daarmede niet is gemoeid, omdat van eene lastgeving op den eischer om in eenige *door hem te verlijden akte* zelf, of door een gemachtigde, *als partij* voor te komen, geen sprake is.

„Bij het 2e *middel* wordt geklaagd over schending en verkeerde toepassing van de a. 1371, 1372, 1373, in verband met a. 1902 B.-W. en de a. 3 en 7 der wet op het Notarisambt, doordien aan den nu verweerder zijne vordering is toegewezen, hoewel de verbindtenis, zoo niet geheel, dan toch grootendeels, zonder oorzaak was, daar hij zelf bij dagvaarding stelde, dat het grootste deel der onroerende goederen is verkocht, niet ten overstaan van den eischer, maar van een notaris te Roermond, en derhalve daaruit vóor den nu eischer van cassatie geen winst, dat is geen honorarium, te betalen was, terwijl de nu eischer die onder Osen gelegen goederen zelfs niet als notaris mocht verkoopen.

„Het *middel* is geheel nieuw. Want wel heeft de eischer bij den *judex facti* beweerd, dat hij de overeenkomst niet met M. in eigen naam had aangegaan, dat M. niet eens was de gemachtigde der familie DE G. tot het opdragen der verkoopingen, en dat daarom de verbindtenis, zoo hij

al mocht geacht worden zich tegenover M. persoonlijk te hebben verbonden, is zonder oorzaak, althans door dwaling aangegaan, maar nooit is door hem beweerd, dat de verbindtenis, of de overeenkomst, is zonder oorzaak om de thans in dit 2* *middel* opgegeven reden; en dit *middel* kan dus niet in aanmerking komen.

„Eindelijk is het derde *middel:* schending en verkeerde toepassing van de a. 1902 tot en met 1905 B.-W., in verband met de a. 1 en 3 B.-R., doordien het Hof als vaststaande en bewezen aanneemt, dat de verkoop van al de onroerende goederen der familie de G. onder de gemeente Elsloo en Linne, ten overstaan van den nu eischer van cassatie, in zijne hoedanigheid van notaris, heeft plaats gehad, terwijl uit de introductieve dagvaarding van den nu verweerder zelven gebleken is, dat het grootste deel dier onroerende goederen is verkocht ten overstaan van den notaris L. te Roermond.

„Het Hof heeft werkelijk *bij vergissing* in de eerste overw. *quoad jus* aangenomen, dat vaststaat, dat ook de goederen van de G. onder Linne ten overstaan van den eischer, in zijne hoedanigheid van notaris, heeft plaats gehad, terwijl die goederen verkocht zijn ten overstaan van den notaris L. te Roermond, en ook nooit anders door partijen is beweerd.

„Maar het doet niets ter zake, omdat des eischers defensie niet was, dat de betaling van 1½ pCt. van den koopprijs slechts bedongen was en kon worden voor de goederen, die ten overstaan van hem eischer zouden worden verkocht, en niet voor die, welke hij door zijn ambtgenoot te Roermond zou doen verkoopen, maar de eischer, behalve het reeds vermelde omtrent de voor f 20,500 verkochte, niet aan de familie de G. toebehoorende goederen, geen ander verweer in appèl heeft gevoerd dan dat, hetwelk ik bij de behandeling van het vorige *middel* mededeelde.

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep met veroordeeling van den eischer in de kosten”.

ARREST. — De H.-R. der Ned., enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O., dat als eerste *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1832 en 1834 B.-W., in verband met a. 21 der wet van 9 Juli 1842, *St.* n° 20, op het Notarisambt, doordien het Hof besliste dat het ter hand stellen aan iemand van eene blanco volmacht dezen de bevoegdheid geeft om met die volmacht naar willekeur te handelen, en *in casu* om een notaris te belasten met den verkoop van goederen krachtens die blanco volmacht; terwijl integendeel daardoor alleen de de bevoegdheid aan den houder wordt gegeven om den naam van een lasthebber in te vullen, en *in casu* dit niet de naam van den nu eischer in cassatie mocht zijn, wijl deze als notaris geen akte mocht verlijden, waarin hij, zij het ook in hoedanigheid van gemachtigde, als partij voorkwam;

„O. daaromtrent, dat, volgens het beklaagde arr., de tegenwoordige verw. bij dagvaarding gesteld heeft, dat zijn broeder, nu wijlen H. M., als rentmeester in dienst is geweest van de familie de G., en van deze in 1886 de opdracht heeft ontvangen om onderscheidene onroerende goederen te doen verkoopen; dat hij dientengevolge aan den tegenwoordigen eischer B. heeft aangeboden hem dien verkoop toe te vertrouwen, onder voorwaarde dat deze hem van het daarvoor te genieten honorarium een deel, vastgesteld op 1½ pCt. van het bedrag van den koopprijs, zou afstaan, welk aanbod B. heeft aangenomen; dat M. de blanco volmacht van de eigenaars aan B. heeft ter hand gesteld; dat de goederen zijn verkocht, en het aan M. toegezegde aandeel in de verdienste f 11,100 beloopt; dat de vordering strekt tot betaling dier som;

„dat de tegenwoordige eischer daartegen in hoofdzaak heeft aangevoerd, dat de verbindtenis, waarop verw. zich beroept, niet ten behoeve van M. persoonlijk, maar ten behoeve van de familie de G. is aangegaan, terwijl later is gebleken, dat M. niet eens de gemachtigde der familie de G. was, en dus de met hem in die qualiteit aangegane overeenkomst was zonder oorzaak;

„dat de eerste verwering door het Hof verworpen is, omdat uit verschillende overgelegde brieven zou blijken, dat M. voor zich persoonlijk de 1½ pCt. van de opbrengst der verkooping heeft bedongen;

„dat het Hof ten aanzien van deze vraag verder nog heeft overwogen, dat uit een anderen brief wel resulteert, dat B. door tusschenkomst van M. notaris was geworden van de familie de G., maar daaruit niet voortvloeit, dat hij nu ook *per se* als notaris met de verkoopingen werd belast; dat integendeel de omstandigheid, dat M. in Jan. 1887 de blanco volmacht tot het houden der verkoopingen, welke hij van de G. had ontvangen, aan B. heeft gezonden, eerder aantoont, dat het geheel van M. afhing, of B., dan wel een ander, met de verkooping zou worden belast;

„dat tegen deze beslissing het *middel* gericht is;

„O. daaromtrent, dat, de vraag, of het bezit der blanco volmacht bij M. en het daarvan door dezen gemaakt gebruik inderdaad de door het Hof aangenomen gevolgtrekking wettigen, geheel is van feitelijken aard;

„dat door de bevestigende beantwoording daarvan de a. 1832 en 1834 B.-W. niet kunnen geschonden zijn, omdat niet beweerd is, dat M. zijn last zou zijn te buiten gegaan, en het eenige punt, hetwelk het Hof te beslissen had, hierop neerkwam, hoever die last zich uitstrekte;

„dat evenmin a. 21 der wet op het Notarisambt ge-

schonden is, omdat hieruit alleen volgt, dat voor zoover de verkooping ten overstaan van den tegenwoordigen eischer als notaris geschiedde, de volmacht ten name van een ander gesteld moest worden (hetgeen ook inderdaad geschied is), maar geenszins, dat niet de leiding der geheele zaak aan eischer kon worden opgedragen;

„dat het *eerste middel* dus is ongegrond;

„O., dat als *tweede middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1371, 1372, en 1373 B.-W., in verband met a. 1902 van dat wetb. en met a. 1 B.-R. en met de a. 3 en 7 der wet van 9 Juli 1842, *St.* n° 20, doordien aan den nu verw. zijne vordering is toegewezen, hoewel de verbindtenis zoo niet geheel, dan toch grootendeels zonder oorzaak was, daar hij zelf bij dagvaarding stelde, dat het grootste deel der onroerende goederen is verkocht niet ten overstaan van den nu eischer, maar van een notaris te Roermond, en derhalve daaruit voor den nu eischer in cassatie geen winst, dat is geen honorarium te behalen was, terwijl de nu eischer die onder Osen gelegen goederen zelfs niet als notaris mocht verkoopen;

„O. daaromtrent, dat door den tegenwoordigen eischer in eersten aanleg en appel is beweerd, dat de verbindtenis, zoo zij geacht werd jegens M. persoonlijk te zijn aangegaan, zonder oorzaak zou wezen, omdat deze niet de gemachtigde der familie de G. was, welke bewering het Hof verworpen heeft op grond dat de oorzaak bestond in de winst, uit de aanzienlijke verkooping te behalen voor beide partijen;

„dat de grond, waarop toen het ontbreken eener oorzaak beweerd werd, dus een geheel andere was dan thans daarvoor wordt aangevoerd;

„dat de tegenwoordige bewering voor het Hof niet is

gevoerd, het beklaagde arr. daaromtrent geene beslissing bevat en de aangehaalde a. dus in zoover niet kunnen geschonden zijn;

„dat derhalve ook het tweede *middel* is ongegrond;

„O., dat als *derde middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1902 tot en met 1905 B.-W., in verband met de a. 1 en 3 B.-R., doordien het Hof als vaststaande en bewezen aanneemt, dat de verkoop van al de onroerende goederen der familie de G. onder de gemeente Elsloo en Linne ten overstaan van den nu eischer in cassatie in zijne hoedanigheid van notaris heeft plaats gehad, terwijl uit de introductieve dagvaarding van den nu verw. zelven blijkt, dat het grootste gedeelte der onroerende goederen is verkocht ten overstaan van den notaris L. te Roermond;

„O. daaromtrent, dat inderdaad bij het beklaagde arr. als tusschen partijen buiten contest is vermeld, dat de verkooping van alle goederen ten overstaan van den tegenwoordigen eischer als notaris zou hebben plaats gehad, niettegenstaande uit den verderen inhoud van het arr. blijkt, dat hij wel de leiding van de geheele verkooping gehad heeft, maar deze, wat een gedeelte der goederen betreft, ten overstaan van een anderen notaris is geschied;

„dat deze vergissing echter nooit tot cassatie kan leiden, omdat zij betreft een voor de beslissing der zaak geheel onverschillig punt, daar nooit beweerd is, dat eischer alleen van de te zijnen overstaan verkochte goederen, en niet van de overige een deel der winst moest afstaan;

„dat dus ook het derde *middel* is ongegrond;

„Verwerpt het beroep in cassatie en veroordeelt den eischer in de kosten.”

N° 3468. — Arrest van 28 Maart 1895.

(A. 343, 345; a. 93 B.-R.).

Moet het hooger beroep van eene beschikking op een verzoek tot onder curateele-stelling bij request worden aangebracht? — Ja.

Kan, door 's Hofs beslissing dat zoodanig hooger beroep, in strijd met a. 345 *B.-R., bij dagvaarding is aangebracht, a.* 338 *van gemeld wetboek zijn geschonden of verkeerd toegepast?* — Neen.

Kan a. 93 *in verband met a.* 343b *van gemeld wetboek daardoor zijn geschonden of verkeerd toegepast?* — Neen.

Kan de bewering, dat ten onrechte de niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep op genoemden grond ambtshalve is uitgesproken, omdat het in deze niet zou betreffen een voorschrift van openbare orde, tot vernietiging van die uitspraak leiden, wanneer geene wetsbepaling daartoe betrekkelijk in het middel *van cassatie is aangehaald?* — Neen.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. Patijn in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Ik meen bij de behandeling van de twee voorgestelde *middelen* van cassatie zeer kort te kunnen zijn.

„Het *eerste* luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 343 en 345 B.-R. en 494, 495, 496, 497, 498 en 500 B.-W., omdat het Hof, ofschoon de uitspraak tot onder curateele-stelling, waarvan werd geappelleerd, geene beschikking, maar een vonnis is, den app. niet-ontvankelijk heeft verklaard in zijn bij dagvaarding aangevangen hooger beroep.

„De bij dit *middel* verdedigde stelling werd reeds meer dan eens door den H.-Raad als onjuist verworpen, laatstelijk bij 's H.-R. arr. van 13 Febr. 1891, (*Rechtspr.* CLVII, § 17; v. d. Hon. B.-R. LVII, 65), waarbij werd beslist, dat volgens a. 345 B.-R. hooger beroep van beschikkingen op request insgelijks bij request wordt aangebracht, zonder dat daarbij aan partijen eenige keus wordt gelaten tusschen verzoekschrift of dagvaarding, en zonder dat daarbij eenig onderscheid

gemaakt wordt naar aanleiding van den naam, die aan zoodanige beschikking gegeven wordt, of die *beschikking* en wel *vonnis* genoemd wordt.

„Kortheidshalve zij het mij vergund te verwijzen naar de aan genoemd arr. voorafgaande conclusie van mijnen ambtgenoot mr. GREGORY, waarin de vroegere uitspraken van uw college in gelijken geest worden vermeld.

„Vermits het nu *in casu* geldt eene procedure tot ondercurateele-stelling ter zake van verkwisting, die volgens het bepaalde in de a. 490 en 491 B.-W. met eene verzoekschrift aanvangt, zoo is het niet twijfelachtig of de in deze uitgesproken niet-ontvankelijkheid is geheel in overeenstemming met de door den H.-Raad reeds van 1882 af gehuldigde leer, en het *middel* mitsdien ongegrond.

„Het *tweede* luidt: schending en verkeerde toepassing van a. 338 B.-R. en van de a. 93 en 343*b* van datzelfde wetboek, omdat het Hof in strijd met eerstgemeld a. de niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep ambtshalve heeft uitgesproken.

„Ook dit *middel* kan niet opgaan; ik kan toch niet inzien, hoe door 's Hofs beslissing één van de in het *middel* genoemde a. kan zijn geschonden, zelfs niet het in de eerste plaats genoemd a. 338 B.-R. *In casu* toch gold het niet de exceptie van non-appellabiliteit, die volgens dat a. vóór alle weren van rechten moet worden voorgesteld, maar eene door geintimeerden genomen conclusie tot niet-ontvankelijk-verklaring op grond dat het hooger beroep niet bij verzoekschrift was ingesteld.

„Nu werd wel is waar die niet-ontvankelijkheid door het Hof ambtshalve uitgesproken, maar ik zie niet in, hoe daardoor de in het *middel* genoemde a. zijn geschonden. Het kan toch kwalijk ontkend worden, dat het voorschrift van a. 345 B.-R., bepalende, op welke wijze het hooger

beroep van beschikkingen op requesten bij den hoogeren rechter moeten worden aangebracht, een voorschrift is van rechtspleging, bindend zoowel voor den rechter als voor partijen; schrijft de wet een bepaalden vorm van procedure voor, dan kan daarvan zelfs met den wil van partijen niet worden afgeweken.

„Het Hof in zijn arr. overwegende, dat „het *middel* van „niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep ambtshalve moet „worden toegepast, als zijnde van openbare orde, daar „het afwijken van den wettelijken regel van proces-recht, „de aanbrenging eener zaak bij verzoekschrift bevelende, „niet aan het goedvinden van partijen mag worden over„gelaten", zegt daarbij ongeveer hetzelfde wat VAN BONEVAL FAURE (in het eerste deel, tweede druk bl. 8) aldus leert: „De voorschriften van rechtspleging zijn uit haren aard „voorschriften of bepalingen van openbare orde in dien „zin, dat zij aan de willekeur der bijzondere personen „onttrokken zijn."

„Mijne conclusie strekt derhalve tot verwerping van het ingesteld beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld, schending en verkeerde toepassing van de a. 343 en 345 B.-R. en 494, 495, 496, 497, 498 en 500 B.-W., omdat het Hof, ofschoon de uitspraak tot onder curateele-stelling, waarvan werd geappelleerd, geene beschikking, maar een vonnis is, den app. niet-ontvankelijk heeft verklaard in zijn bij dagvaarding aangevangen hooger beroep;

„O. daaromtrent, dat volgens a. 494 B.-W. de procedure tot onder curateele-stelling aanvangt met een *verzoekschrift*, in te dienen bij de rechtb. van de woonplaats van dengene,

tegen wien het verzoek is gericht, en dat de zaak verder, overeenkomstig a. 492 en volgende B.-W. in raadkamer wordt behandeld;

„dat derhalve de daarop gegeven rechterlijke beslissing, al moge die ook in a. 496 een *vonnis* worden genoemd, hetwelk in de openbare terechtzitting, na verhoor of behoorlijke oproeping van partijen, en op de conclusiën van het Openbaar Mininisterie, wordt uitgesproken, desniettemin eene *beschikking op een verzoekschrift* is, gelijk nog ten overvloede blijkt uit a. 494 B.-W., waar van eene beschikking op verzoekschrift wordt gesproken;

„O., dat a. 345 B.-R. voorschrijft, dat hooger beroep van beschikkingen op requesten bij den hoogeren rechter insgelijks bij request wordt aangebracht;

„O., dat mitsdien het eerste *cassatie-middel* is ongegrond;

„O., dat als tweede *middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 338 B.-R. en van de a. 93 en 343*b* van datzelfde wetboek, omdat het Hof in strijd met eerstgemeld a. de niet-ontvankelijkheid van het hooger beroep ambtshalve heeft uitgesproken;

„O. te dien aanzien, dat de door het Hof ambtshalve uitgesproken niet-ontvankelijkheid niet daarop berust, dat de zaak uit eenigen hoofde niet vatbaar zoude zijn voor hooger beroep, over welk geval in a. 338 B.-R. wordt gehandeld, maar hierop, dat het hooger beroep, in strijd met a. 345 van dat wetboek, bij dagvaarding was aangebracht, en dat derhalve a. 338 door 's Hofs beslissing niet kan zijn geschonden of verkeerd toegepast;

„O., dat er evenmin sprake kan zijn van schending of verkeerde toepassing van a. 93, in verband met a. 343*b* B.-R., omdat het in deze niet geldt eene beweerde nietigheid van dagvaarding;

„O. dat wel bij de toelichting van het *middel* is beweerd,

dat het Hof ten onrechte ambtshalve de niet-ontvankelijkheid zoude hebben uitgesproken, omdat het in deze niet zou betreffen een voorschrift van openbare orde, maar dat geene wetsbepaling daartoe betrekkelijk in het *middel* is aangehaald;

„O., dat ook alzoo het tweede *middel* is ongegrond;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer in de kosten."

N° 3469. — Arrest van 1 April 1895.

(A. 40 en 4, Onteigeningswet).

Indien omtrent de hoogte eener aan te leggen inundatie-kade (het werk, waarvoor onteigend wordt) niets vaststaat, gaat dan de rechter buiten de grenzen van de a. 40 *en* 41 *der Onteigeningswet, wanneer hij, met het oog op latere willekeurige verhoogingen dier kade, voor de waarde-vermindering der niet onteigende goederen eene hoogere schadeloosstelling toekent dan daarvoor door de deskundigen was gesteld?* — Neen.

Kan, indien in een vonnis ontbreken de feitelijke gegevens, waarvan de juistheid van 's rechters rechtsbeschouwing kan worden getoetst en het alsoo niet voldoende met redenen is omkleed, cassatie uit dien hoofde volgen, wanneer in het middel *geen wetsa. wordt aangehaald dat daardoor zoude zijn geschonden.* — Neen.

De Proc.-G. mr. Polis heeft in deze zaak genomen de volgende conclusie, met referte daaraan in de twee volgende zaken (*).

„De beide in deze zaak voorgestelde *middelen* komen mij ongegrond voor.

„Bij het eerste wordt beweerd: schending en verkeerde

(*) De burgemeester van Uitgeest, eischer, tegen W. C. K.-S. en P. H. K.-S., verws.

toepassing van de a. 40 en 41 O.-W., door schadeloosstelling toe te kennen omdat de hoogte der inundatie-kade (het werk waarvoor onteigend wordt) onzeker is en met het oog op latere willekeurige verhoogingen der inundatie-kade, en dus voor eene waarde-vermindering, welke niet noodzakelijk gevolg der onteigening is.

„Dat bij onteigening voor een bepaald werk dat werk als een bestanddeel der onteigening moet worden beschouwd en bij de berekening der schade in aanmerking moet worden genomen, is hier herhaaldelijk beslist, en het is ook niet de bedoeling van den eischer dat te ontkennen. Maar op eene schade, welke kan ontstaan niet door het werk waarvoor onteigend wordt, maar door eventueele latere verrichtingen van den onteigenaar op den door hem ten gevolge der onteigening in eigendom verkregen grond, mag bij de taxatie der schadevergoeding niet worden gelet, ook dat is, meen ik, niet twijfelachtig.

„Had dus *in casu* de onteigening plaats voor het maken op den onteigenden grond van eene inundatie-kade van een bepaalde of maximum hoogte, alleen de schade, die voor de niet onteigende perceelen van de tot die bepaalde of maximum hoogte te maken kade te verwachten zou zijn, zou bij de berekening der vergoeding voor waarde-vermindering der niet onteigende perceelen in aanmerking mogen komen, en op verhoogingen van die kade, die de onteigenaar wellicht later zou kunnen goedvinden aan te brengen, zou bij de taxatie der schade niet mogen worden gelet. Hier is echter volgens de feitelijke beslissing, omtrent de hoogte der te maken inundatie-kade geenerlei zekerheid verkregen; hier zal dus de staat niet alleen de inundatie-kade zoo hoog kunnen maken als hij maar zal willen, zonder dat men zal kunnen beweren, dat zij een ander, grooter werk maakt dan waarvoor hij de onteigening

heeft verkregen, maar hij zal ook de eenmaal gelegde kade kunnen gaan ophoogen, zooveel als hij zal noodig achten, voordat hij gezegd zal kunnen worden eene voor den onteigende bezwarende verandering in het werk, waarvoor onteigend is, te maken, en deswege tegenover den onteigende verantwoordelijk te zijn. Hier is dus onteigend voor den aanleg van eene inundatie-kade, waaraan de Staat terstond bij den aanleg, en ook nog later, zoodanige hoogte zal kunnen geven als hij zal goedvinden, en de schade, die daarvan voor de niet onteigende goederen te vreezen is, is een element van depreciatie, dat als rechtstreeksch gevolg van het werk, waarvoor onteigend wordt, bij de berekening van de door den onteigenaar te betalen vergoeding in aanmerking moet komen.

„Het tweede *middel* is schending en verkeerde toepassing van de a. 40 en 41 O.-W., omdat de rechtb., hoewel in het vonnis duidelijk blijkt, dat van de perceelen in het *middel* genoemd niets onteigend wordt, en die perceelen niet door begrenzing of bestemming een geheel uitmaken met de wel onteigende perceelen, toch aanneemt, dat de eerstgemelde perceelen met de laatsten eene aaneengesloten bezitting in den zin der Onteigeningswet uitmaken, en waarde-vermindering daarvan in aanmerking neemt.

„De rechtb. beslist, dat de in het *middel* aangewezen niet onteigende perceelen met de onteigende in den zin der Onteigeningswet als eene aaneengesloten bezitting zijn te beschouwen. En dat moge nu zijn feitelijk of juridiek, de eischer, wil hij beweren dat het onjuist is, moet dat aantoonen. Maar hij kan daarvoor niet volstaan met er op te wijzen, dat de niet onteigende perceelen niet onmiddellijk aan de wel onteigende grenzen, daarvan gescheiden zijn door eene sloot of door een dijk, omdat ook aldus van elkander gescheiden perceelen van denzelfden eigenaar met

elkander in zoodanig verband kunnen staan, dat zij als bij elkander en tot dezelfde exploitatie behoorende zijn te beschouwen, en de veranderde toestand van sommige van die perceelen verandering in den toestand ook van de andere medebrengt. Alleen zou men kunnen beweren dat de beslissing van de rechtb. op dit punt niet gemotiveerd is, maar uit het vonnis blijkt niet, dat het betwist werd, niet-motiveering is overigens niet de grief van het *middel* en ook eene ongemotiveerde beslissing kan juist zijn.

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten".

ARREST. — De H.-R. d. Ned., enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O. dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 40 en 41 der wet van 28 Aug. 1851, *St.* n° 125, door schadeloosstelling toe te kennen, omdat de hoogte der inundatie-kade (het werk waarvoor onteigend wordt) onzeker is, en met het oog op latere willekeurige verhoogingen der inundatie-kade, en dus voor eene waarde-vermindering, welke niet noodzakelijk gevolg der onteigening is;

„O. daaromtrent:

„dat bij het bestreden vonnis voor de waarde-vermindering van het niet onteigend gedeelte van de perceelen 232, 239, 238 en 246 eene hoogere schadeloosstelling is toegekend dan door de deskundigen daarvoor gesteld was, en zulks op grond van de overw., dat in het bijzonder rekening moest worden gehouden met de omstandigheid, dat omtrent de hoogte der te maken inundatie-kade geenerlei zekerheid is verkregen, zoodat, bij gebreke van dien en met het oog op latere, willekeurige ophoogingen dier kade, een aanmerkelijk hooger bedrag voor schade moest worden toegekend;

„dat nu wel bij het *middel* wordt beweerd, dat door deze beslissing schadevergoeding wordt toegekend voor waarde-vermindering, die niet het noodzakelijk gevolg der onteigening zou zijn, maar van eene onzekere gebeurtenis, doch ten onrechte;

„dat toch, zooals feitelijk is beslist, omtrent de hoogte der te maken inundatie-kade niets vaststaat, en de Staat dus het recht heeft om hetzij terstond bij den aanleg, hetzij later, die kade zooveel op te hoogen als blijken mocht in het belang van het werk noodig te zijn, zonder dat daardoor aan de rechten der onteigende partij wordt tekort gedaan;

„dat derhalve de rechtb., door ook de schade, die door de vroegere of latere ophooging der kade veroorzaakt wordt, bij hare taxatie in aanmerking te nemen, niet is gegaan buiten de bij de a. 40 en 41 der Onteigeningswet gestelde grenzen, en die a. dus ook niet zijn geschonden of verkeerd zijn toegepast;

„O. dat het tweede *middel* van cassatie luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 40 en 41 der wet van 28 Aug. 1851, *St.* n° 125, omdat de rechtb., hoewel uit het vonnis duidelijk blijkt, dat van de perceelen 231, 237, 230 en 229 niets onteigend wordt, en die perceelen niet door begrenzing of bestemming een geheel uitmaken met de wel onteigende perceelen, toch aanneemt, dat de eerstgemelde perceelen met de laatsten eene aaneengesloten bezitting in den zin der Onteigeningswet uitmaken en waarde-vermindering daarvan in aanmerking neemt;

„O. te dien aanzien:

„dat de gezamenlijke oppervlakte van de niet-onteigende perceelen of perceelsgedeelten voor de berekening van de waarde-vermindering welke die goederen door de onteigening ondergaan, door de rechtb. is beschouwd als in den zin

der Onteigeningswet eene aaneengesloten bezitting uitmakende;

„dat echter uit het vonnis niet blijkt hoe die perceelen zijn gelegen en begrensd, noch welke hunne bestemming en wijze van exploitatie is, zoodat de feitelijke gegevens ontbreken, waaraan de juistheid van 's rechters beschouwing kon worden getoetst, en het *middel* dus niet tot cassatie kan leiden;

„dat hieruit nu wel volgt, dat het vonnis dan niet voldoende met redenen zou zijn omkleed, doch dat geen wetsa., dat daardoor zou zijn geschonden, in het *middel* is vermeld;

„dat derhalve ook het tweede *middel* is ongegrond;

„Verwerpt het beroep in cassatie en veroordeelt den eischer qq. in de kosten daarop gevallen".

N° 3470. — Arrest van 11 April 1895.

(A. 334 B.-R. — A. 1982 B.-W. j° a° 50 B.-R.).

Kan een gedaagde, tegen wien de ingestelde eisch is toegewezen, onder voorwaarde dat de eischer den hem opgelegden suppletoiren eed zal sweren, enkel door het tegenwoordig zijn bij het afleggen van den eed, geacht worden in het vonnis te hebben berust? — NEEN.

Kan eene beschouwing des rechters, wat er zij van hare juistheid, tot cassatie leiden, indien het dispositief van het bestreden vonnis reeds door een anderen daarin aangevoerden grond wordt gerechtvaardigd? — NEEN.

Namens den Proc-G. heeft de Adv.-G. PATIJN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De vraag, waartoe het voorgesteld cassatie-*middel* aanleiding geeft, is in het kort deze: stelt de tegenwoordigheid van partij bij het afleggen van een suppletoiren eed eene

daad van berusting daar, waardoor voor haar het recht om van de uitspraak te komen in hooger beroep, vervalt?

„De vraag werd door de arr.-rechtb. te Dordrecht in deze zaak en door het Gerechthof te Amsterdam bij een arr. van 12 Dec. 1890, (*W. v. h. R.* 5983) in ontkennenden zin beantwoord en van hetzelfde gevoelen is ook de schrijver van een a. in de *Opmerk. en Mededeelingen betreffende het Ned. Burg.-recht*, *Jaargang* 1853 bl. 283 en volg.

„Het is mij — ook door een arr. van uw college — bekend dat over die vraag, zoowel hier te lande als in Frankrijk, verschillend wordt gedacht; ik verwijs daartoe naar de schrijvers en de rechtelijke beslissingen waarop door den pleiter voor de eischeresse een beroep is gedaan; maar waar ik, ook na overw. van de *pro* en *contra* gevoerde argumenten ben bevestigd in mijne overtuiging, dat de in deze door de rechtb. gegeven beslissing geen schending oplevert van a. 334 B.-R. zooals in het voorgestelde *middel* wordt beweerd, dáár ben ik verplicht dit mijn gevoelen kortelijk toe te lichten.

„Ik ga daarbij uit van de opvatting, dat waar onze wet, ook eene stilzwijgende berusting in het vonnis erkent, de wil om te berusten niet lichtvaardig mag worden aangenomen, mij daarbij geheel aansluitende aan eene overw. voorkomende in een arr. van den H.-R. van 11 Mei 1848, v. D. Hon. B.-R. IX, 382) waar we lezen: „O., dat het „berusten in een vonnis niet alleen uitdrukkelijk maar „ook stilzwijgend kan geschieden, doch in het laatste „geval, daar men niet mag veronderstellen dat iemand „van zijn hem toekomend recht van beroep heeft afgezien, de „handelingen, waarop de beweerde berusting wordt gegrond, „van dien aard moeten zijn, dat daaruit de wil om te be„rusten op eene ondubbelzinnige wijze kan worden afgeleid."

„*In dubiis* zou ik dus eerder geneigd zijn aan te nemen,

dat partij geen afstand heeft gedaan van zijn recht van beroep, dan het tegendeel.

„We hebben hier te doen met een voorwaardelijk eindvonnis; de rechter weës de vordering toe voor het geval de eischer den hem daarbij opgedragen suppletoiren eed aflegde. Eerst door het afleggen van dien eed wordt het vonnis tot stand gebracht. De tegenpartij, dat is hij, aan wien de eed niet is opgelegd, weet, zoolang de eed niet is afgelegd, niet of uit het vonnis voor hem eenig nadeel zal voortvloeien; hij weet, zelfs al wordt hij opgeroepen om bij het afleggen van den eed tegenwoordig te zijn, niet of die werkelijk zal worden afgelegd; de mogelijkheid bestaat, dat partij geplaatst tusschen zijn beurs en zijn geweten, zelfs nog op het laatste oogenblik terugdeinst en „tot de kracht van den afgelegden eed — zoo lezen wij m. i. „terecht in het zooeven genoemd artikel in de *Opm. en Meded.* „— doet het niets af, of de tegenpartij al dan niet daarbij „tegenwoordig is geweest, en er kan geen sprake zijn van „medewerking tot iets, waartoe niemands hulp of mede„werking vereischt wordt."

„Ik ben het geheel eens met DALLOZ (voce *Acquiescement* n° 636) waar hij schrijft: „La délation, le plus souvent, „n'est rien moins que la perte du procès pour l'adversaire „de la partie à laquelle il est déféré; la présence de „celui-là est un fait purement passif que ne doit en général „lui ravir aucun droit, tant qu'il ne s'y joint pas quelque „acte annonçant l'intention de se relâcher du droit, que „la loi lui accorde, de frapper le jugement d'appèl. Or, „de ces deux faits içi réunis 1° la délation du serment, „2° la présence à la prestation *même sans protestation*, il „ne saurait sortir un acquiescement, c'est à-dire, l'accep„tation de la condamnation prononcée."

„Anders zou het zijn, wanneer, zooals DALLOZ in de

volgende paragraphen aantoont, door de tegenpartij nog iets verricht is, waaruit de berusting zou mogen worden afgeleid, b. v. wanneer hij de tegenpartij heeft opgeroepen om den eed te komen afleggen, hem van het afleggen daarvan heeft vrijgesteld of wel uitdrukkelijk heeft verklaard toe te stemmen in het afleggen van den eed; maar waar de tegenpartij *niets* anders heeft gedaan dan tegenwoordig zijn bij het afleggen van den opgedragen suppletoiren eed, daar kan er m. i. geen sprake zijn van medewerking tot uitvoering van het vonnis of van berusting in het vonnis, dat eerst door de eedsaflegging een vonnis wordt in zijn nadeel.

„Ik zie in die tegenwoordigheid niet anders dan „eene „handeling, — zooals in het U hierboven geciteerd arr. van het Hof te Amsterdam luidt, — „waardoor het vonnis, „dat vóór de eedsaflegging slechts als een voorwaardelijk „vonnis kan worden aangemerkt, wordt een definitief ver„oordeelend vonnis, dat door het voldoen aan de voorwaarde, „namelijk het afleggen van den eed, voor executie vatbaar „wordt."

„Ik concludeer derhalve tot verwerping van het ingesteld beroep, met veroordeeling van de eischeresse in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O., dat in deze vaststaat, dat bij eindvonnis van den kntr te Sliedrecht aan de eischeresse hare vordering van f 69.44 met renten en kosten is toegewezen, onder voorwaarde, dat zij, in tegenwoordigheid van de gedaagden of nadat deze daartoe behoorlijk zullen zijn opgeroepen, bij suppletoiren eed zal zweren, dat zij gemelde som alsnog per resto van de gedaagden te vorderen heeft, en haar hare vordering is ontzegd, met veroordeeling in de kosten, ingeval zij in gebreke mocht zijn of weigeren dien eed af te leggen;

„dat de gedaagden behoorlijk zijn opgeroepen om bij het afleggen van den eed tegenwoordig te zijn, en dat de gedaagde K. daarbij tegenwoordig is geweest, zonder uitdrukkelijk zijn recht van hooger beroep voor te behouden;

„dat de ged^n van evengenoemd vonnis in hooger beroep zijn gekomen, waarbij de geïntimeerde, oorspronkelijk eischeresse, de exceptie van niet-ontvankelijkheid heeft opgeworpen, op grond dat de gedaagden, toen app^n, in het vonnis van den ktnr zouden hebben berust;

„En dat de rechtb. deze exceptie heeft verworpen, in „de eerste plaats op grond: „dat uit het feit, dat de ged. „bij het afleggen van den, bij genoemd vonnis aan de eischeres „opgelegden suppletoiren eed is tegenwoordig geweest, „zonder zich daarbij eenige rechten van appèl gereserveerd „te hebben, niet mag worden afgeleid, dat hij in dat vonnis „heeft berust";

„O., dat tegen deze beslissing als *middel* van cassatie is aangevoerd: schending van a. 334 B.-R., omdat in het bekl. vonnis de rechtb. den app. heeft verklaard ontvankelijk in zijn hooger beroep van het vonnis den 7 Dec. 1893, gewezen door den rechter van het vijfde kanton van het arrond. Dordrecht, in het ressort van het Gerechtshof te 's Gravenhage, hoofdplaats Sliedrecht, hoewel, ook volgens het beklaagde vonnis, feitelijk vaststond, dat app., daartoe opgeroepen, zonder eenig voorbehoud, ter openbare terechtzitting van genoemden kntr van den 28^n Dec. 1893 is tegenwoordig geweest bij het afleggen door zijne wederpartij, nu eischeresse in cassatie, van den suppletoiren eed, aan deze bij vonnis van 7 Dec. 1893 (waartegen het hooger beroep was gericht) opgelegd, en de rechtb. dus in het beklaagde vonnis die tegenwoordigheid niet heeft aangemerkt als berusting in het vonnis, waartegen het hooger boroep gericht was;

„O., hieromtrent, dat berusting in een vonnis wel is waar ook stilzwijgend kan plaats hebben, maar daartoe dan toch, volgens de toelichting bij de vaststelling van het aangehaald a. 334, vereischt wordt: „dat er waarlijk en inderdaad iets is gepleegd, wat in gezonde rede voor eene berusting in een vonnis kan worden gehouden";

„O., dat een stilzwijgende afstand van een wettig recht, zooals in deze het recht van hooger beroep, niet mag worden verondersteld, maar alleen kan worden afgeleid uit zoodanige feiten, die ontwijfelbaar het doen van afstand aantoonen;

„O., dat zoowel bij a. 1982 B.-W., als bij a. 50 B.-R. wordt voorgeschreven, dat het afleggen van den eed zal geschieden in tegenwoordigheid van de wederpartij of deze behoorlijk opgeroepen, en het enkel voldoen aan dit voorschrift der wet, na daartoe op wettige wijze te zijn opgeroepen, niet is eene zoodanige handeling, waaruit zou moeten worden afgeleid, dat de wederpartij van zijn recht van hooger beroep zou hebben willen afstand doen;

„dat daaruit integendeel veeleer volgt, dat de wederpartij door hare verschijning zich heeft willen vergewissen, of, zooals in deze, de eischeresse den haar, zonder hare medewerking, door den rechter opgelegden eed werkelijk zal zweren, dan of zij daartegen op het beslissend oogenblik zal terugdeinzen, zoodat het mogelijk is, dat de wederpartij met hare tegenwoordigheid niets anders heeft beoogd, dan om te vernemen, in welken zin het voorwaardelijk eind-vonnis, door het al of niet afleggen van den eed, moet worden geacht eene definitieve beslissing te zijn;

„O. dat derhalve bij den eersten grond van het bestreden vonnis, door de waardeering van de geheel lijdelijke houding van den ged., zonder eenig bijkomend feit, waaruit van

berusting zou blijken, te recht is aangenomen, dat de ged., enkel door het tegenwoordig zijn bij het afleggen van den eed, niet geacht kan worden in het vonnis te hebben berust;

„O., dat nu wel bij het bestreden vonnis, te allen overvloede, als tweeden grond van niet-berusting is aangevoerd: „dat, waar die berusting kan worden aangenomen, wanneer men zonder protest adsisteert bij het afleggen van den eed, bij interlocutoir vonnis opgelegd, omdat men daardoor werkelijk dat vonnis helpt uitvoeren, ditzelfde niet geldt indien, zooals *in casu*, die eed is opgelegd bij een vonnis, waarbij het lot dier vordering reeds is beslist, en alleen de toewijzing of ontzegging afhankelijk wordt gesteld van het al of niet afleggen van dien eed, omdat dit vonnis, immers een eindvonnis, waarop geen rechterlijke uitspraak meer volgt, door de daarop volgende eedsaflegging niet wordt ten uitvoer gelegd, maar slechts de voor de toewijzing der vordering gestelde voorwaarde in vervulling treedt";

„doch dat deze beschouwing, wat er zij van hare juistheid, niet tot cassatie kan leiden, nu, naar het boven overwogene, het dispositief der rechtb. reeds door den eersten grond wordt gerechtvaardigd, zoodat een onderzoek naar den tweeden grond overbodig is;

„Verwerpt het beroep van cassatie;

„Veroordeelt de eischeresse in de kosten in cassatie gevallen."

N° 3471. — Arrest van 25 April 1895.

(A. 411 B.-R. j° a° 161 *eodem*).

Wordt in cassatie door a. 411 *B.-R. gederogeerd aan het*

voorschrift van het tweede lid van a. 161 *van dat wetb.?* — JA.
Staat, ingevolge a. 95 *R.-O. beroep in cassatie niet open tegen een in hooger beroep deels bevestigd, deels vernietigd vonnis houdende deels interlocutoire deels eindbeslissingen?* — JA.
Kunnen de middelen *van cassatie, aangevoerd tegen het in hooger beroep gewezen arr. bij gemis van een behoorlijken feitelijken grondslag leiden tot cassatie?* — NEEN.
Is in cassatie aantastbaar 's rechters oordeel omtrent eischers judicieele houding? — NEEN.

In deze zaak heeft de Proc.-G. mr. POLIS de volgende conclusie genomen:

„De eischers hebben zich in cassatie voorzien niet slechts tegen het arr., waarbij gedeeltelijk bevestigd, gedeeltelijk vernietigd is het tusschen hen en de verweerderes gewezen vonnis van 15 Juni 1894, maar ook tegen dat vonnis zelf; en tegenover de bewering der verweerderes, dat het beroep tegen dat vonnis, wegens het bepaalde bij a. 95 R.-O. niet-ontvankelijk is, houden de eischers vol, dat de ontvankelijkheid van dit hun beroep volgt uit a. 103 R.-O. en zij vorderen *dat de Raad de exceptie van niet-ontvankelijkheid hier bedoeld afzonderlijk en op zich selve uitwijze*, daarvoor steun zoekende in a. 161 B. R.

„Maar zij procedeeren hier *in cassatie*, hier is dus toepasselijk a. 411 B.-R., volgens hetwelk de verweerder gehouden is alle exceptien, behalve die bedoeld in a. 159 . 2e lid B.-R., met zijn antwoord ten principale te vereenigen, op straffe van verval, en van eene afzonderlijke uitwijzing dezer exceptie kan dus hier geen sprake zijn.

„Het betoog, dat het beroep in cassatie tegen het vonnis van 15 Juni 1894 niet-ontvankelijk is, kan ik achterwege laten. Want a. 95 R.-O. is volkomen duidelijk, en dat a. 103 zou willen zeggen, dat men cassatie-beroep kan instellen wanneer men niet meer in appel kan komen, hetzij

omdat men den termijn voor het appel heeft laten voorbijgaan, hetzij omdat men, zooals *in casu*, reeds in appel gekomen is, is zeer stellig onjuist, omdat een appellabel vonnis niet is een vonnis in het hoogste ressort en a. 103 juist de strekking heeft, de toepassing van den regel van a. 95 te verzekeren.

„De *vier middelen* bij de dagvaarding *tegen het arr.* aangevoerd, maar niet bij pleidooi toegelicht, steunen allen op eene onjuiste voorstelling van 's Hofs uitspraak. Zij zijn bij de conclusie van antwoord van de verweerderes op afdoende wijze wederlegd, en ik heb niets daarbij te voegen.

„De beide tegen het vonnis gerichte *middelen* tot staving van het niet-ontvankelijk beroep tegen dat vonnis kan ik onbesproken laten.

„Conclusie tot verwerping van het beroep met veroordeeling van de eischers in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

„Gezien de stukken;

„O., dat de nu eischers zich in cassatie hebben voorzien zoo tegen het in deze zaak door de rechtb. 15 Juni 1894 gewezen vonnis, als tegen het in hooger beroep daarvan door het Hof gewezen arr., met voorstelling van de volgende *zes middelen van cassatie:*

„I. Schending van de a. 585, 590 en 602 B.-W., doordien het beklaagde arr. aanneemt, dat de verweerderesse in cassatie het bezit had van de ijzeren brandkast of kist, op grond dat zij in het bezit was van de daarop passende sleutels, en zulks niettegenstaande feitelijk vaststond dat gemelde brandkast of kist, benevens de daarin vervatte effecten, waren gekocht, betaald en ontvangen of in bezit genomen door den eischer in cassatie, bij wien zij in bezit zijn verbleven, en bij wien verweerderesse in cassatie inwoonde;

„II. Schending van a. 1962, in verband met a. 1903 B.-W., doordien het beklaagde arr. in de ontkenning der eischers in cassatie de erkenning heeft gezien van het door verweerderesse in cassatie gestelde feit, dat eischer in cassatie, na het vertrek van verweerderesse uit zijne woning, de kisten, waarvan zij de sleutels bezat, heeft doen openbreken en andere sleutels daarop heeft doen vervaardigen, en dat de eischers in cassatie *die* sleutels ter Griffie hebben gedeponeerd, hebbende immers eischers in cassatie te dien opzichte geene gerechtelijke bekentenis afgelegd, doch integendeel beweerd dat die feiten op legale wijze zouden moeten blijken, en dat zij reeds door den vroegeren Proc. der eischers niet waren erkend, m. a. w., dat zij die feiten niet konden erkennen, en zulks ofschoon eischers in cassatie door verweerderesse niet eens waren gesommeerd om die feiten te erkennen of te ontkennen;

„III. Schending van a. 1952 j° a. 1903 B.-W., doordien het beklaagde arr. in de achtste considerans *in jure* een vermoeden voor de waarheid van het feit, dat de door verweerderesse ter Griffie van het Hof nedergelegde sleutels werkelijk zijn die, welke pasten op de ijzeren kisten, vóór dat zij door of van wege de eischers waren opengebroken, doet steunen op de in dien stand der zaak *onbekende* daadzaak, dat na het vertrek der verweerderesse in cassatie uit de woning van den eischer, de eischer de kisten, waarvan zij de sleutels bezat, heeft doen openbreken en andere sleutels daarop heeft doen vervaardigen, aan welk vermoeden alzoo geen bewijskracht mocht worden toegekend;

„IV. Schending van de a. 1961 en 1962 B.-W., doordien het beklaagde arr. de antwoorden op de aan eischers in cassatie *in de Raadkamer der arrond.-rechtb. te 's-Gravenhage* op 10 Febr. 1894 gestelde vragen niet als een geheel en in hun onderling verband en samenhang heeft genomen,

tengevolge waarvan het beklaagde arr. heeft aangenomen, dat de ijzeren brandkist of kast en het kleine kistje of trommel van het ten geschenke ontvangen geld waren aangekocht, terwijl uit die verhooren blijkt, dat evengenoemde voorwerpen zijn aangekocht op een tijdstip, waarop geen geld meer van het ten geschenke ontvangene aanwezig was, en tengevolge waarvan gemeld arr. voorts heeft aangenomen, dat aan verweerderesse het genot van de *geheele* rente der effecten *toekwam*, terwijl uit de verhooren der eischers, indien zij ook te dezen opzichte in hun geheel waren genomen, bleek dat aan verweerderesse dat genot *om bepaalde redenen* was geschonken;

„V. Schending van a. 147 B.-R., doordien het beklaagde vonnis in de vijfde considerans *in jure* aanneemt, dat de thans verweerderesse in cassatie door het aan hare wederpartij doen beteekenen der aldaar bedoelde verklaring van den genoemden smid en smidsknecht, met aanzegging dat zij zich van dat stuk in het geding zou bedienen, moet geacht worden *in* het *geding* te hebben gesteld, dat de eischer in cassatie, na haar vertrek uit diens woning, de kisten, waarvan zij, verweerderesse, de sleutels bezat, heeft doen openbreken en andere sleutels daarop heeft doen vervaardigen, en dat beide eischers in cassatie „*die*" sleutels ter Griffie hebben gedeponeerd, — en zulks niettegenstaande toen reeds de dag van pleidooi was bepaald geworden op 25 Sept. 1894, en dus de zaak reeds was *voldongen* en *in staat van wijzen* verkeerde, alsmede geene conclusien meer mochten genomen worden, noch daarop, van welke zijde ook genomen, acht mocht worden geslagen;

„VI. Schending van a. 1952 j° a° 1903 B.-W., doordien het beklaagde vonnis in de zesde considerans *in jure* een vermoeden voor de waarheid van het beweren der verweerderesse in cassatie, dat zij de brandkast of kist met

inhoud ten huize der eischers heeft achtergelaten en daarvan inderdaad is de eigenares, doet steunen op eene in dien stand der zaak niet in het geding gesteld of nog te stellen feit (dat eischer in cassatie na het vertrek der thans verweerderesse in cassatie uit diens woning de kisten, waarvan zij verweerderesse de sleutels bezat, heeft doen openbreken en andere sleutels daarop heeft doen vervaardigen, en dat beide eischers „*die*" sleutels ter Griffie hebben gedeponeerd), m. a. w.: op eene in dien stand der zaak voor de rechtb. onbekende daadzaak, en alzoo aan eene schriftelijke verklaring van derden bewijskracht heeft toegekend;

„O., dat de verweerderesse bij haar antwoord aan de bestrijding dezer *middelen* heeft doen voorafgaan de bewering, dat deze voorziening, voor zoover gericht tegen het vonnis *a quo*, op grond van a. 95 R.-O. is niet-ontvankelijk, en deze exceptie aan de eischers in cassatie aanleiding heeft gegeven om incidenteel en onder reserve van al hun recht ten principale, te concludeeren tot afzonderlijke uitwijzing, zulks door verwerping van de voorgestelde niet-ontvankelijkheid, met last tot voortprocedeeren ten principale;

„O., ten aanzien dezer conclusie, dat wel in het algemeen a. 161 B.-R. den rechter verplicht tot afzonderlijk uitwijzen van exceptien, die vóór het antwoord ten principale moeten of mogen worden voorgesteld, doch a. 411 van dat wetb. voor het geding in cassatie voorschrijft, dat — op ééne hier niet toepasselijke uitzondering na — de verweerder op straffe van verval verplicht is alle exceptien met zijn antwoord te vereenigen, en dus hier de vordering der eischers tot eene voorafgaande of afzonderlijke berechting niet te pas komt;

„O., aangaande de door de verweerderesse voorgestelde niet-ontvankelijkheid, dat de rechtb. bij het vonnis, waartegen in cassatie is gekomen, heeft gegeven deels inter-

locutoire en deels eindbeslissingen, beide onderworpen aan hooger beroep; dat a. 95 R.-O. beroep in cassatie alleen toelaat tegen het arr., waarbij het Hof die beslissingen deels bevestigd, deels vernietigd heeft;

„O., dat dus de voorgestelde niet-ontvankelijkheid is gegrond, en dat hieruit volgt, dat het vijfde en zesde cassatie-*middel*, als tegen het vonnis der rechtb. gericht, niet voor onderzoek vatbaar zijn;

„O. ten aanzien der vier eerste cassatie-*middelen*, alle gericht tegen 's Hofs beslissing van het eerste geschilpunt der partijen:

„dat de strekking van het *eerste middel* is te beweren, dat het feit van bezit der op de brandkist passende sleutels bij verweerderesse een onvoldoende grondslag is om met het Hof rechtens aan te nemen haar bezit van die kist zelve, daar waar *tevens* vaststaan de overige in het *middel* opgesomde omstandigheden; dat alzoo tot onderzoek der juistheid van 's Hofs rechtsbeslissing noodig is, dat in cassatie die overige omstandigheden werkelijk vaststaan;

„dat echter, wel verre dat dit het geval zou wezen, het Hof in zijne achtste overw. het meerendeel van die omstandigheden verklaart te zijn onware beweringen van de eischers in cassatie, en dat alzoo dit *middel*, bij gemis van behoorlijken feitelijken grondslag, niet kan leiden tot cassatie;

„dat het evenzoo gesteld is met de *drie verdere middelen;*

„dat toch het bewijs voor der verweerderesse bezit van de sleutels in de achtste overw. van het arr. niet, gelijk bij het *tweede middel* wordt beweerd, wordt ontleend aan erkentenissen, die in waarheid ontkentenissen zouden zijn, maar aan de gansche judicieele houding der nu eischers voor het Hof, nader gekenmerkt als evasief en zonder voldoend blijk *of* zij iets en *wat* dan ten aanzien van het door de wederpartij gestelde erkennen;

„dat, waar de grondslag der bij dit en het volgende *middel* bestreden beslissing omtrent het bezit van de sleutels alleen gevormd wordt door dit in cassatie onaantastbare oordeel omtrent der eischers houding voor het Hof, ook aan het derde *middel* zijn feitelijke grondslag ontbreekt;

„dat eindelijk de bij het *vierde middel* gevoerde bewering, dat het Hof de antwoorden der eischers in cassatie bij hun verhoor op vraagpunten niet zou hebben genomen in hun geheel, geen steun vindt in den inhoud van het arr., omdat daarin het geheel hunner antwoorden niet is opgenomen, terwijl bovendien het Hof die antwoorden niet heeft gebezigd als bewijsmiddel, dan nadat daarvan, op grond van onwaarheid en dus overeenkomstig de bij a. 1961, lid 2, B.-W. den rechter gegeven bevoegdheid, afgescheiden waren geworden een aantal in die antwoorden voorkomende beweringen;

„Rechtdoende enz.;

„Verklaart — met voorbijgang der incidenteele conclusie tot afzonderlijke rechtspr. op dit punt — het beroep, voor zoover dit is gericht tegen het op 15 Juni 1894 in deze zaak gewezen vonnis, niet-ontvankelijk;

„Verwerpt overigens dat beroep en veroordeelt de eischers in de kosten van cassatie."

N° 3472. — Arrest van 25 April 1895.

(A. 628 j° a° 30, n° 1 B.-R.; a. 14 A.-R.)

Kunnen in een geschil tusschen den directeur eener maatschappij en een belanghebbende tot scheidslieden worden benoemd de commissarissen dier maatschappij, die geenerlei beheer hebben en op wier naam het geding niet wordt gevoerd? — JA.

Is wraking van scheidslieden eene bloote bevoegdheid, waarbij geen belang van de openbare orde betrokken is? — JA.

In deze zaak heeft de Adv.-G. PATIJN, namens den Proc.-G. de volgende conclusie genomen:

„A. 30 van het Regl. voor het Noord- en Zuid-Hollandsche begrafenisfonds bepaalt: „Bij verschil van meening, „omtrent het recht verstand en de toepassing van dit Regl., „of eenig a. van hetzelve, tusschen den directeur en leden „van het fonds, of tusschen directeur en erven van of „belanghebbenden bij de uitkeering voor een overleden „lid of kind, zullen de commissarissen dit verschil als „scheidsmannen in het hoogste ressort, zonder beroep of „cassatie, beslissen."

„Laat mij terstond er bij voegen, dat a. 22 bepaalt, dat het bestuur en de administratie van het fonds wordt gevoerd door den directeur, onder het toezicht van 3 of 5 commissarissen, die nòch elkander, nòch den directeur mogen bestaan in den derden of naderen graad van bloedverwantschap, en dat a. 26 bepaalt: „commissarissen voeren „geen beheer."

„*In casu* bestaat verschil tusschen een lid van het fonds en den directeur over de uitkeering voor een overleden kind. Toen nu door dat lid voor den kntr eene vordering werd ingesteld tot uitkeering van het bedrag, waarop dit lid meende recht te hebben, wierp de gedaagde, nu eischeresse in cassatie, de exceptie op van onbevoegdheid, krachtens het overeengekomene in a. 30 van het Regl.

„De kntr verklaarde zich evenwel bevoegd om van de vordering kennis te nemen, en de rechtb. te Amsterdam, rechtdoende in hooger beroep, bevestigde die uitspraak, op grond van de overw., „dat commissarissen als niet „staande buiten de gedingvoerende partijen, geen scheids„mannen kunnen zijn".

„Hiertegen is het *middel* van cassatie gericht, luidende: schending en verkeerde toepassing van de a. 620, 622 en 626

B.-R., 1374 B.-W., 44 en 52 K. en 14 A.-B., omdat het vonnis nietig verklaart het arbitraal beding van partijen, uit overw. dat de als arbiters aangewezen commissarissen der maatschappij, belast zijn met het toezicht op het bestuur van den directeur, zoodat deze geen geschil kan hebben met een belanghebbende, of commissarissen moeten ook op dat verschil toezien en zich daarmee bezighouden, zij het ook als vertegenwoordigende de leden, waaruit dan zou volgen, dat zij, als niet staande buiten de gedingvoerende partijen, geen scheidslieden kunnen zijn, maar de wet deze uitsluiting niet kent noch de openbare orde of goede zeden haar vorderen.

„Reeds met de opvatting van de rechtb. omtrent den aard van het toezicht dat commissarissen in eene maatschappij als deze op de handelingen van den directeur uitoefenen, waar het vaststaat, dat commissarissen geen beheer voeren, zou ik mij bezwaarlijk kunnen vereenigen; maar de vraag, waarop het in deze aankomt, is deze, is het verboden overeen te komen, geschillen, die tusschen directie en aandeelhouders mochten ontstaan, te laten ter beslissing van commissarissen? Verbiedt zulks de wet of is zoodanige overeenkomst in strijd met de openbare orde of de goede zeden?

„Ik zou die vraag met den geachten pleiter voor de eischeresse ontkennend willen beantwoorden gelijk *implicite* ook werd aangenomen door het Gerechtshof van Noord-Holland bij een arr. van 26 Febr. 1874, (*W. v. h. R.* 3718).

„Onze wet stelt als regel voorop in a. 622 B.-R., dat ieder die lasthebber kan zijn ook tot scheidsman benoemd kan worden, en naast die ruime *positieve* bepaling staat alleen de *negatieve* van a. 29 van dat wetb. (waarvan *in casu* geen sprake is), terwijl ook vrouwen en minderjarigen zijn uitgesloten. De bedoeling van onzen wetgever is dus

wel degelijk deze geweest, partijen, behoudens de door hem genoemde uitzonderingen, vrij te laten in de keuze van de personen, aan wie zij buiten den rechter de beslissing hunner geschillen willen opdragen, en, is eenmaal zoodanige overeenkomst aangegaan, dan strekt deze hun, die ze hebben aangegaan, tot wet.

„Nu bepaalt wel a. 626 B.-R. dat scheidsmannen, welke niet door den rechter zijn benoemd, om redenen na de benoeming opgekomen, kunnen worden gewraakt, onder welke redenen, volgens dat a. j° a° 30 *sub* 1 B.-R. ook voorkomt: „indien hij persoonlijk belang bij het geschil „heeft", maar *in casu* is evenmin sprake van wraking als van het opkomen van eene reden tot wraking nà de benoeming.

„Gesteld echter, dat commissarissen geacht kunnen worden eenig belang te hebben bij de beslissing over een geschil, gerezen tusschen den directeur en een lid van het fonds, maakt die omstandigheid dan de overeenkomst, waarbij zij vooruit tot scheidslieden zijn aangewezen, nietig? De wet zegt het niet, zooals wij zagen, en de openbare orde heeft er m. i. niet mee te maken. Partijen moeten weten in wien zij haar vertrouwen stellen.

„'t Moge waar zijn dat wij in de l. 51 D. „*de receptis*" (IV, tit. 8) lezen: „Si de re sua quis arbiter factus sit, sententiam dicere non potest, quia se facere jubeat aut „petere prohibeat, neque autem imperare sibi neque se „prohibere quisquam potest", — eene uitspraak, waarop het Gerechtshof te Amsterdam zich beriep in een arr. van 17 Febr. 1893, (*W. v. h. R.* 6325), maar terecht is hiertegen door pleiter aangevoerd dat reeds Voet (ad Pand. l. IV tit. 8) hierop aanteekende: „quod tamen non impedit, quominus „quis adversario suo permittat controversi negotii determina„tionem, adeoque eum in causâ propriâ arbitrium faciat."

„Wel is Dalloz (v. *Arbitrage*, n° 341) van eene andere

leer, maar toch schrijft hij zelf: „Toutefois il faudrait „que l'intérêt de l'arbitre fût bien certain, bien direct .... „dans le cas où l'intérêt n'est que minime, qu'indirect, „que fractionné, on ne doit autoriser que la récusation", en zelfs mr. J. T. PHILIPS in zijne dissertatie, „*Opdracht* „*van rechtspraak aan scheidsliedén*" sprekende over de noodzakelijkheid van de onpartijdigheid van de arbiters, zegt daarvan, dat hij het *in jure constituendo* wenschelijk zou achten, dat eene bepaling daaromtrent in de wet werd opgenomen, zoodat bijv. commissarissen eener vennootschap, als belanghebbenden bij de beslissing der geschillen ten oordeele der societeit, geen arbiters zouden kunnen zijn. In het midden latende of zoodanige beperking van contracteerende partijen in de keuze van scheidsmannen al dan niet aanbeveling zou verdienen, en in hoeverre die wensch van den schrijver te rijmen is met hetgeen hij eenige bladzijden vroeger (blz. 112) schrijft: „*De jure* „*constituendo* dient men o. i. aan te nemen, dat partijen tot „arbiters mogen nemen, wie zij willen, ergo dat zij in „haar keus geheel vrij zijn", gelijk het stelsel is van het Duitsche wetboek, blijkt uit zijn betoog, dat hij, volgens het bestaande recht, de keuze van een arbiter, die niet geheel buiten de zaak staat, alleszins bestaanbaar acht, en, wat meer zegt, ook de H.-R. was van dat gevoelen blijkens zijn arr. van 28 Febr. 1889 (*Rechtspr.* CLI § 35, v. D. HON. B.-R. LV, 104) en vroegere, vermeld in de daaraan voorafgaande conclusie van den heer Proc.-G. mr. POLIS.

„Het *middel* mij alzoo gegrond voorkomende heb ik de eer te concludeeren, dat de H.-R. de in deze zaak door de arr.-rechtb. en het kngt gewezen vonnissen zal vernietigen en alsnog de *in prima* opgeworpen exceptie van onbevoegdheid zal toewijzen, — met veroordeeling van de verweerderesse in al de kosten".

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.

„Gehoord de eischeresse; — Gezien de stukken;

„O. dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 620, 622 en 626 B.-R., 1374 B.-W., 44 en 52 K. en 14 A.-B., omdat het vonnis nietig verklaart het arbitraal beding van partijen, uit overweging dat de, als arbiters aangewezen commissarissen der Maatschappij belast zijn met het toezicht op het bestuur van den directeur, zoodat deze geen geschil kan hebben met een belanghebbende, of commissarissen moeten ook op dat geschil toezien en zich daarmee bezighouden, zij het ook als vertegenwoordigende de leden, waaruit zou volgen dat zij, als niet staande buiten de gedingvoerende partijen, geene scheidslieden kunnen zijn, maar de wet deze uitsluiting niet kent, noch de openbare orde of de goede zeden die vorderen;

„O. hieromtrent, dat onze wetten slechts enkele uitzonderingen bevatten op den door haar bij a. 622 B.-R. gestelden regel, dat ieder tot scheidsman kan worden benoemd, en niet blijkt, dat op het tegenwoordige geval eene dezer uitzonderingsbepalingen toepasselijk zou zijn;

„dat alzoo, om aan de bovenvermelde, naar a. 620 van dat wetb. volkomen geldige en volgens a. 1374 B.-W. de partijen bindende contractsbepaling werking te mogen ontzeggen, eene stilzwijgende uitsluiting der aldaar bedoelde commissarissen (die, volgens feitelijke beslissing, geenerlei beheer hebben en op wier naam het geding niet wordt gevoerd) uit de wet moet kunnen worden afgeleid, en het bestreden vonnis die uitsluiting dan ook daadwerkelijk ontleent aan het voorschrift van a. 14 A.-B., het als een eisch van de openbare orde aanmerkend, dat wie tot eene beslissing als scheidsman geroepen wordt, moet staan buiten de partijen;

„dat echter, om zulks te kunnen aannemen, uit eenige andere wetsbepaling zou moeten blijken, dat degenen die, gelijk de nu verweerderesse, de volle beschikking over hunne rechten hebben, onbevoegd zouden zijn om de beslissing over den omvang daarvan op te dragen aan iemand die niet volkomen vreemd is aan het punt in geschil;

„dat dit niet het geval is;

„dat toch de bepaling van a. 626, in verband met a. 30 n° 1 B.-R., alleen aantoont den wil des wetgevers, dat, indien de scheidsman na zijne benoeming eenig persoonlijk belang bij het geschil heeft verkregen, er gelegenheid zal bestaan om door middel van wraking terug te komen op de in onbekendheid met dat belang gedane opdracht, doch hieruit slechts te meer blijkt, dat wanneer iemand, ofschoon bekend met deze omstandigheid, tot de scheidsrechtelijke opdracht heeft medegewerkt, de wetgever geen belang van de openbare orde bij het desniettemin verleenen van arbitrale macht betrokken oordeelt; zulks te duidelijker, omdat ook wraking is eene bloote bevoegdheid, zoodat men, door haar niet uit te oefenen, zelfs een na de benoeming ontstaan belang buiten aanmerking kan laten;

„dat uit een en ander volgt, dat het in dergelijke opdracht gelegen beschikken over zijne rechten, hetwelk op zich zelf volkomen geldig is, niet eene wegens strijd met a. 14 A.-B. ongeldige overeenkomst zou zijn, en het bestreden vonnis, door des ktnr[s] uitspraak te bevestigen, de bij het *middel* aangehaalde wetsbepalingen heeft miskend;

„Rechtdoende:

„Vernietigt het bestreden vonnis;

„En krachtens a. 105 R.-O. rechtdoende ten principale:

„Vernietigt het daarbij bevestigde vonnis, den 13[n] Aug.

1894 door den rechter van het tweede kanton Amsterdam in deze zaak gewezen;

„Verklaart dien rechter onbevoegd om daarvan kennis te nemen;

„Veroordeelt de verweerderesse in cassatie in de kosten van eersten aanleg, appel en cassatie".

N° 3473. — Arrest van 25 April 1895.

(A. 1902, 1907 B.-W.; a. 818, 884 K., a. 48, 93 B.-R.: a. 14 A.-B.)

Is de opdracht van een beslissenden eed iets anders dan het aanwenden van een bewijsmiddel, waarvan een ieder, die bevoegd is een geding te voeren, enkel uit dien hoofde gerechtigd is, zich zonder verder formaliteiten te bedienen? — JA.

Is de curator in een faillissement, die als zoodanig tegen een schuldenaar van den boedel procedeert, bevoegd aan dezen den beslissenden eed op te dragen, zonder dat hij de formaliteiten, bij a. 884 *K. voorgeschreven, behoeft na te komen?* — JA.

Namens den Proc-G. heeft de Adv.-G. PATIJN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Bij de behandeling in hooger beroep in deze zaak droeg de nu-verweerder in cassatie in zijne qualiteit van curator in het faillissement aan den toen app. den decisoiren eed op.

„Het Gerechtshof te Amsterdam besliste evenwel, dat de geïntimeerde onbevoegd was om op de wijze, als hij heeft gedaan, aan den app. den eed op te dragen, en dat wel op grond van de navolgende overweging: „dat in a. 884 „K. wordt voorgeschreven, dat de curators door den rechter-„comm. kunnen worden gemachtigd om met de schuldenaren „van den boedel dadingen te treffen, gelijk mede om ac-„coorden of schikkingen met hen aan te gaan, welke, om „geldig te zijn, door de rechtb. moeten worden goedgekeurd;

„dat *in casu* van zoodanige machtiging en goedkeuring „van eene schikking met een debiteur van den boedel, „tot het sluiten waarvan de opgedragen eed als het com„plement is te beschouwen, noch van den rechter-comm. „noch van rechtb. eenig bewijs is geleverd".

„Hiertegen is het *cassatie-middel* gericht, luidende: schending en verkeerde toepassing van de a. 1902, 1903, 1966 en 1967 B.-W., 813 en 814 K., a. 48 en 90 B.-R. en a. 14 A.-B. omdat het Hof de door den curator opgedragen eed is voorbijgegaan op de overw., dat de eedsopdracht, als zijnde, zooals het Hof het uitdrukt, het complement eener schikking, valt onder a. 884 K., maar van machtiging of goedkeuring geen bewijs was overgelegd, voorts omdat het Hof dat ambtshalve gedaan heeft, hoewel de zaak niet is van openbare orde.

„Gesteld dat bedoelde machtiging of goedkeuring noodig was geweest, heeft dan het Hof, nu het vaststaat, dat partij zich niet op het gemis dier machtiging heeft beroepen, terecht het vereischte van zoodanige machtiging als van openbare orde beschouwde?

„Die vraag werd door een arr. van de H.-R. van 29 Oct. 1886 (*Ned. Rechtspr.* CXLIV, § 16, v. D. HON. B.-R. LII, 304) in ontkennenden zin beantwoord. Het gold toen het appel door een curator ingesteld tegen een vonnis waarbij niet bleek van eene door den rechter-comm. verleende machtiging. De H.-R. besliste toen, dat waar het al of niet bestaan van machtiging tusschen partijen geen punt van geschil heeft uitgemaakt, de rechter, louter op grond dat geene machtiging is overgelegd, het appel in geen geval, als zonder machtiging ingesteld, mag afwijzen.

„De hoofdvraag is m. i. echter deze: of het Hof terecht den decisoiren eed heeft beschouwd als het complement eener schikking, dan wel of die eed moet beschouwd worden

als een bewijsmiddel, waartoe uit den aard der zaak geen voorafgaande machtiging van den rechter-comm. wordt vereischt?

„De vraag is in der daad niet nieuw. Men vindt ze o. a. uitvoerig behandeld in de dissertatie van mr. RH. FEITH, *over den decisoiren eed*, bl. 12 en vlg., die daarin (bl. 40) verwijst naar 's H.-Rs. arr. van 30 Dec. 1870 (*Ned. Rechtspr.* XCVI, § 83, v. D. HON. B.-R. XXXV, 279) waarin we deze overw. lezen:

„O., dat . . . . . (bij a. 1967 B.-W.) alléén wordt verboden de opdracht van den beslissenden eed omtrent geschillen, waarover partijen geene dading zouden mogen treffen; dat daaruit wel volgt, dat de wet eenige overeenkomst aanneemt tusschen beiden, geenszins dat zij beiden volkomen gelijkstelt; en dat dit wordt bevestigd door den verschillenden aard van beiden, vermits de eed, naar a. 1903 B.-W., is een bewijsmiddel" enz.

„Ik meen met deze herinnering te kunnen volstaan ter motiveering van mijne conclusie, daartoe strekkende, dat de H.-R. het in deze gewezen arr. zal vernietigen en de zaak naar het Gerechtshof te Amsterdam zal terugwijzen, ten einde met inachtneming van 's H.-Rs. arr. te worden beslist en afgedaan."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

„Gehoord den eischer in cassatie; — Gezien de stukken;

„O. dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1902, 1903, 1966 en 1967 B.-W., 813 en 884 K., 48 en 90 B.-R. en a. 14 A.-B., omdat het Hof den door den curator opgedragen eed is voorbijgegaan op de overw., dat de eedsopdracht, als zijnde, zooals het Hof het uitdrukt, het complement eener schikking, valt onder a. 884 K., maar van machtiging en goedkeuring geen bewijs was overgelegd; voorts, omdat het Hof dit ambtshalve

gedaan heeft, hoewel de zaak niet is van openbare orde;

„O. daaromtrent, dat 's Hofs beslissing, waartegen het *middel* is gericht, hierop neerkomt: dat een curator in een faillissement, die als zoodanig tegen een schuldenaar van den boedel procedeert, alleen dan bevoegd is aan dezen den beslissenden eed op te dragen, wanneer hij de formaliteiten, bij a. 884 K. in het belang der openbare orde gegeven, nakomt; dat toch in zoodanig geval de eedsopdracht is eene schikking, tot het sluiten waarvan de opgedragen eed als complement is te beschouwen; dat nu, vermits in deze van de bij a. 884 K. gevorderde machtiging door den rechter-commissaris en goedkeuring door de rechtb. niet is gebleken, de eischer van cassatie onbevoegd was om, op de wijze als hij heeft gedaan, den eed aan den verweerder op te dragen, waaruit volgt, dat die eed als niet opgedragen is te beschouwen;

„O. echter, dat de opdracht van een beslissenden eed, evenmin als zij is eene eigenlijke dading, kan worden gebracht tot de schikkingen, waarvan a. 884 K., naast „dadingen", gewaagt, en het Hof ten onrechte van het denkbeeld uitgaat, dat zoodanige opdracht het karakter zou hebben van eene te sluiten overeenkomst, die, om haar beslag te krijgen, de eedsaflegging zelve tot complement zou behoeven;

„O. toch, dat, naar de bepalingen van het B.-W., die opdracht niets anders is dan het aanwenden van een bewijsmiddel, waarvan een ieder, die bevoegd is een geding te voeren, enkel uit dien hoofde gerechtigd is, zich zonder verdere formaliteiten te bedienen;

„O., dat het Hof, door dit te miskennen, a. 1903 B.-W. heeft geschonden, terwijl het a. 884 K. verkeerd heeft toegepast, zoodat het eerste gedeelte van het *middel* van cassatie is gegrond, en het onderzoek naar de vraag, of

de voorschriften van het niet-toepasselijke a. 884 K. zijn voorschriften van openbare orde, achterwege behoort te blijven;

„Vernietigt het arr. door het Gerechtshof te Amsterdam op 9 Nov. 1894 tusschen partijen gewezen;

„Wijst de zaak terug naar dat Gerechtshof, ten einde haar met inachtneming van dit arr. verder te behandelen en af te doen;

„Bepaalt, dat de uitspraak omtrent de kosten, in cassatie gevallen, wordt voorbehouden tot de eindbeslissing."

N° 3474. — Arrest van 9 Mei 1895.

(A. 1403 j[s] a[s] 1401 en, 1402 en 1829 v. B.-W., a. 434 en 443 B.-R.).

Is de partij die bij algemeene opdracht eenen deurwaarder met de executie van een vonnis heeft belast, aansprakelijk voor de onrechtmatige daden, daarbij door den deurwaarder gepleegd? — NEEN.

Zijn door eene beslissing in dien zin a. 1403 *in verband met de a.* 1401 *en* 1402 *B.-W., of de bepalingen omtrent lastgeving geschonden?* — NEEN.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. PATIJN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Het eenig in deze voorgesteld *cassatie-middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van a. 1403 in verband met de a. 1401 en 1402 B.-W., 1829 en vlg. van den 17[n] titel IIIc Boek B.-W., a. 434 en 443 B.-R., omdat bij arr. *a quo* en het daarbij bevestigde vonnis ten onrechte is aangenomen, dat, wanneer gelijk *in casu* aan een deurwaarder eene algemeene opdracht tot executie wordt verstrekt zonder den bepaalden last om de onrechtmatige daden te verrichten, welke de introductieve dagvaarding

hem verwijt, en deze, bij de uitvoering van die algemeene opdracht, in beslag neemt en verkoopt gereedschappen van ambachtslieden en werklieden, tot hun persoonlijk bedrijf behoorende, en bovendien die in beslag genomen voorwerpen roekeloos behandelt, de executant voor die onrechtmatige handelingen *niet* aansprakelijk is, maar alleen de deurwaarder, die als de daartoe aangewezen ambtenaar geheel zelfstandig handelt en op eigen verantwoordelijkheid, met uitsluiting van den executant, de executie bestiert.

„Terecht vermeldt het *middel* als feitelijk vaststaande, dat de executant in deze aan den deurwaarder, die dan de geposeerde onrechtmatige handelingen zou hebben verricht, alleen eene algemeene opdracht heeft gegeven om een vonnis te executeeren.

„Pleegt nu de deurwaarder bij het volvoeren van die opdracht handelingen, die de wet hem verbiedt, is dan de executant daarvoor aansprakelijk?

„Ik aarzel geen oogenblik die vraag met rechtb. en Hof ontkennend te beantwoorden.

„Al vat men a. 1403 B.-W. in den ruimsten zin op, dan volgt daaruit toch nog niet, dat iemand aansprakelijk is voor de daden door een ander voor hem verricht, dan voor zoover ze verricht zijn door iemand voor wien men volgens de wet *aansprakelijk* is, en nu behelst het arr. op m. i. alleszins juiste gronden, die ik niet behoef te herhalen, dat men niet aansprakelijk is voor de daden van een zelfstandig ambtenaar, van wiens ministerie men zich volgens de wet moet bedienen, — en voor zoover, mochten er onrechtmatige handelingen gepleegd zijn, — niet tot het plegen daarvan uitdrukkelijk last is gegeven.

„Het zal ook wel geen betoog behoeven, dat de deurwaarder niet behoort tot de dienstboden of ondergeschikten, waarvan in de 3e alinea van het a. wordt gesproken.

„De beslissing van rechtb. en Hof is, zooals pleiter voor den verweerder terecht beoogde, in overeenstemming met het gezond verstand en de billijkheid. Volgens a. 443 B.-R. toch bestiert de deurwaarder de executie van roerend goed geheel zelfstandig; de executant mag, volgens dat a., zelfs niet bij de in beslagneming tegenwoordig zijn en zou hij dan ooit aansprakelijk kunnen zijn voor daden door een ander buiten zijn weten en zonder dat hij ze kon beletten, verricht?

„Pleiter voor den eischer wil die aansprakelijkheid afleiden uit a. 1838 B.-W. Met een beroep op Faure (*N.-B. Procesrecht* I § 24) stelt hij: de deurwaarder is lasthebber van den executant en de lasthebber is, volgens dat a., aansprakelijk wegens verzuimen, welke hij bij het volvoeren van zijn last mocht hebben gepleegd.

„Hij verliest daarbij twee zaken uit het oog.

„Vooreerst, dat dat a. alleen dient om de rechtsverhouding te regelen tusschen den lastgever en den lasthebber; aan dat a. ontleent de executant de rechtsvordering tegen den deurwaarder, tot vergoeding van kosten, schaden en interessen voor verzuimen, die de deurwaarder-lasthebber mocht hebben begaan, en

„in de tweede plaats, dat zooals Faure mede leert, de deurwaarder vóór alles is ambtenaar, die „voor 't geen hij als zoodanig verricht verantwoordelijk is" (men zie ook a. 58 B.-R.). „Vooral — zoo schrijft hij (l.l.) komt dit „bij de ten uitvoerlegging van vonnissen en authentieke „acten uit, waar de deurwaarder, met name bij de executie „op roerende goederen, de geheele tenuitvoerlegging tot „en met den verkoop alleen bestiert."

„Al moge het nu waar zijn, dat de deurwaarder handelt ten verzoeke van den executant, dan toch is de opdracht tot executie, in het algemeen gegeven, geene andere dan

deze, dat de executant aan den deurwaarder, als den daartoe door de wet aangewezen ambtenaar, opdraagt om, met in achtneming der voorschriften van de wet, welke zijne bevoegdheden regelen, het vonnis te executeeren.

„Dit alléén is de last, dien de executant hem geeft, en pleegt de deurwaarder, bij het volvoeren van dien last, handelingen, die de wet hem verbiedt, dat gaat hij — ook tegenover den lastgever — *extra fines mandati*, dan pleegt hij onrechtmatige daden, waarvoor hij, deurwaarder, *ex a.* 1401 B.-W. aansprakelijk is. Alleen dan zou de executant daarvoor aansprakelijk kunnen gesteld worden, wanneer de opdracht zelve onrechtmatig was of wel de aansprakelijkheid voortvloeide uit a. 1403 B.-W., hetgeen echter, zooals ik reeds zeide, terecht door rechtb. en Hof wordt weerlegd.

„Ik heb derhalve de eer te concludeeren tot verwerping van het ingesteld beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O. dat de eischer beroep in cassatie heeft ingesteld van een arr. van het Gerechtshof te 's Hertogenbosch van 29 Mei 1894, alsmede van het bij dat arr. bevestigde vonnis van de arr.-rechtb. te 's Hertogenbosch van 21 April 1893, en daarbij als *middel* van cassatie heeft voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1403 in verband met 1401 en 1402 B.-W., a. 1829 en volgende van den 17^{n} titel van het derde boek B.-W., 434 en 443 B.-R., omdat bij het arr. *a quo* en het daarbij bevestigde vonnis ten onrechte is aangenomen, dat wanneer, gelijk *in casu*, aan den deurwaarder eene algemeene opdracht tot executie wordt verstrekt zonder den bepaalden last om de onrechtmatige daden te verrichten, welke de intro-

ductieve dagvaarding hem verwijt, en deze, bij de uitvoering van die algemeene opdracht in beslag neemt en verkoopt gereedschappen van ambachtslieden en werklieden tot hun persoonlijk bedrijf behoorende, en bovendien die in beslag genomen voorwerpen roekeloos behandelt, de executant voor die onrechtmatige handelingen *niet* aansprakelijk is, maar alleen de deurwaarder, die, als de daartoe aangewezen ambtenaar, geheel zelfstandig handelt en op eigen verantwoordelijkheid, met uitsluiting van den excecutant, de executie bestiert;

„O. dat het beroep, voor zooverre het mede gericht is tegen het vermelde vonnis, ingevolge a. 95 R.-O., als zijnde niet in het hoogste ressort gewezen, niet-ontvankelijk is;

„O. ten aanzien van het beroep tegen het arr., dat in deze feitelijk vaststaat, dat het gedaagde kerkbestuur aan den deurwaarder geene andere dan eene algemeene opdracht heeft gegeven tot executie van een tusschen partijen gewezen vonnis, en alzoo overeenkomstig a. 434 B.-R., met uitzondering van de toepassing van den lijfsdwang, indien daarvoor grond was, tot de geheele executie uit dat vonnis voortvloeiende;

„O. dat de deurwaarder, als openbaar ambtenaar, met uitsluiting van anderen, onder meer tot de tenuitvoerlegging van vonnissen aangesteld, verplicht is die executie te verrichten, overeenkomstig de regelen daarvoor bij de wet gesteld;

„dat hij bepaaldelijk bij de inbeslagneming van roerende goederen, zooals in deze, volgens a. 443 B.-R., geheel als zelfstandig handelend ambtenaar optreedt, zoo zelfs, dat de persoon, die de inbeslagneming laat doen, daarbij niet tegenwoordig mag zijn en alzoo de onrechtmatige handelingen, daarbij door dien ambtenaar verricht, niet kan belemmeren, en dat, volgens a. 58 B.-R., de deur-

waarder, die zich in zijne bediening te buiten gaat, in het algemeen daarvoor verantwoordelijk is;

„O., dat hieruit volgt, dat te recht bij het bestreden arr. is beslist, dat de partij die bij algemeene opdracht den deurwaarder met de executie van een vonnis heeft belast, niet aansprakelijk is voor de onrechtmatige daden, daarbij door den deurwaarder gepleegd, en dat door deze beslissing noch a. 1403 in verband met de a. 1401 en 1402 B.-W., noch de bepalingen omtrent lastgeving zijn geschonden;

„O. toch, wat dit laatste betreft, dat al moge de deurwaarder handelen ten verzoeke van den executant, de opdracht tot executie in het algemeen gegeven, niets anders bevat dan om, met inachtneming van de voorschriften der wet, die zijne bevoegdheid als zelfstandig ambtenaar regelen, het vonnis ten uitvoer te leggen;

„O. dat alzoo het *middel* is ongegrond;

„Verklaart den eischer niet-ontvankelijk in zijn beroep voor zooverre het gericht is tegen het vonnis van de arr.-rechtb. te 's Hertogenbosch van 21 April 1893;

„Verwerpt overigens het beroep in cassatie;

„Veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen".

N° 3475. — Arrest van 9 Mei 1895.

(Souvereine besluiten van 26 Oct. 1814, St. n° 46 en 8 Febr. 1815, St. n° 11.)

Is de kennelijke bedoeling dezer besluiten de bij de wet *afgeschafte heerlijke jachtrechten te herstellen ten behoeve van hen, die, zooals de considerans van het Besluit van* 1814 *het uitdrukt, „benadeelde eigenaren" waren?* — JA

Is daardoor derhalve niet hersteld het heerlijk jachtrecht van

ken, die sedert de afschaffing der heerlijke rechten bij overeenkomst daarvan vrijwillig afstand gedaan hadden? — JA. *Kan in cassatie niet worden onderzocht, een vraag, die door partijen niet aan den rechter die de bestreden uitspraak heeft gewezen, is onderworpen?* — NEEN.

Zie in deze Verzam., de afd. *Jacht en Visscherij*, deel XII, blz. 53.

N° 3476. — Arrest van 9 Mei 1895.

(A. 54 en 53 R.-O. — A. 289 en 298 B.-R.)

Is het vonnis eener rechtb. in zake eene vordering tot ontruiming van eene pachthoeve, die met het oog op de jaarlijksche huur, ingevolge het tweede lid van a. 41 *R.-O., niet ter kennisneming van den kntr staat, appellabel, ook dan wanneer die huur minder dan f* 400 *beloopt?* — JA. *Wordt hierin verandering gebracht door de omstandigheid dat het geschil ten hoogste liep over één jaar huur?* — NEEN.

De Proc.-G. mr. POLIS heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De President der arr.-rechtb. te Assen heeft in kort geding, op de vordering van den verweerder in cassatie, op grond van geëindigde huur den eischer in cassatie veroordeeld tot ontruiming van het huis, erf, land en heideveld, door hem van den verweerder in cassatie gehuurd voor een huurprijs van f 375 in het jaar. Van die uitspraak kwam de eischer in cassatie in appel bij het Hof te Leeuwarden, maar het Hof verklaarde dat appel niet-ontvankelijk, oordeelende, dat hier volgens a. 54, 2°, R.-O. in het hoogste ressort was recht gedaan en a. 333 B.-R. hier niet kon worden ingeroepen.

„De beslissing van het Hof, dat het appel in deze door

a. 54 n° 2 R.-O. is uitgesloten, beslissing waartegen het eerste *middel* is gericht, steunt op de overw.: „dat de ingestelde vordering strekt tot ontruiming der gelibelleerde „pachthoeve, en alzoo in eene personeele rechtsvordering, „en de huur dier pachthoeve, berekend over het jaar, „zooals tusschen partijen *in confesso* is, slechts de som van „f 375 bedraagt".

„Het Hof is blijkbaar tot die beslissing geleid door a. 41 n° 2 R.-O., dat, met a. 54, n° 2, dier wet, na de laatste rechtsoverw. in het arr. is aangehaald. Maar a. 54, n° 2, R.-O. stelt de appellabiliteit afhankelijk van de waarde in hoofdsom van de ingestelde personeele rechtsvordering, zonder op dien regel voor de actie tot ontruiming eene uitzondering te maken; en het Hof miskent dien regel, waar het de appellabiliteit in deze doet afhangen van de huur over het jaar berekend, en, zoo doende, in de plaats van de werkelijke waarde der vordering, in aanmerking neemt eene veronderstelde, berekend naar den maatstaf in a. 41, n° 2, R.-O., voor de actie tot ontruiming bij den kntr aangegeven, maar voor de actie tot ontruiming bij de rechtb. niet in de wet opgenomen.

„In werkelijkheid is de actie tot ontruiming van het gehuurde van *onbepaalde* waarde, evenals de actie tot ontbinding wegens wanpraestatie. En eene taxatie der vordering van bepaalde waarde, zooals de actie tot ontbinding wegens wanpraestatie met beperkte schadevergoeding, is niet te vinden in den huurprijs, waaromtrent partijen zijn overeengekomen, want al kon die huurprijs als de door partijen getaxeerde waarde van het genot van het gehuurde *gedurende den huurtijd* aangemerkt worden, wat toch wel niet voor alle gevallen zal opgaan, zeker ligt niet in den bedongen huurprijs eene taxatie der waarde, die het genot der verhuurde zaak *ook na de expiratie der huur zal hebben.*

„De waarde kan grooter of kleiner zijn, al naar mate de huurprijzen zullen zijn gerezen of gedaald; en daaromtrent zou dan toch zekerheid moeten bestaan, ook al wilde men aannemen, dat wanneer, zooals *in casu*, de tot ontruiming gedaagde beweert, dat zijne huur nog niet geëindigd is, maar nog één jaar moet duren, de waarde van het genot der zaak over één jaar de waarde der actie tot ontruiming bepaalt.

„Daarom acht ik het *eerste middel* gegrond.

„Het *tweede* betreft 's Hofs beslissing omtrent de niettoepasselijkheid in deze van a. 333 B.-R. Die beslissing is echter in overeenstemming met de jurisprudentie van dezen Raad, nêergelegd in de bij pleidooi geciteerde arr. van 7 Mei 1847 en 18 Juni 1879 (v. D. HON. B.-R., IX 15 en XLIV, 264). En aan die jurisprudentie wensch ik mij te houden, al moge zij afwijken van de opvatting van Fransche auteurs en rechtspraak nopens a. 454 *C. d. Pr.-C.*, omdat de uitlegging door den Raad aan a. 333 B.-R. gegeven, het best overeenkomt met de woorden waarin dit is vervat, woorden welke ook eenigszins anders luiden dan die van a. 454 *C. d. Pr.-C.*, en bij 's Raads uitlegging van a. 333 geen strijd met a. 99 R.-O. bestaat.

„Met het *tweede middel* kan ik dus niet mêe gaan.

„Ook niet met hetgeen in de laatste plaats daarbij wordt beweerd; omdat het onjuist is, dat hier een geschil over onbevoegdheid bij den rechter *a quo* ambtshalve zou zijn geopperd, wat wel het geval is daar, waar de rechter zich *ambtshalve* heeft onbevoegd verklaard, maar niet waar, zooals in deze zaak, de bevoegdheid van den rechter *a quo* door geen der partijen werd betwist of betwijfeld, en die rechter zich uitdrukkelijk, of stilzwijgend door over de zaak te beslissen, bevoegd heeft verklaard.

„Dat met vernietiging van het arr., ook de vernietiging

van het presidiaal vonnis zou moeten worden uitgesproken, wordt ten onrechte voor den eischer gepleit, want het Hof heeft alleen over de appellabiliteit beslist, en het is niet de taak van den cassatie-rechter te treden in het onderzoek van daadzaken of rechtspunten, die bij de vroegere behandeling onopgelost zijn gelaten (a. 424 B.-R.).

„Ik concludeer tot vernietiging van het beklaagde arr., en dat de Raad, het appèl ontvankelijk verklarende, de zaak zal terugwijzen naar het Hof, om in hooger beroep te worden berecht, met veroordeeling van den verweerder in de kosten van cassatie en in die, welke in appèl op de door hem voorgestelde exceptie van niet appellabiliteit zijn gevallen."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending van a. 54 R.-O., a. 53 van die wet en de a. 289 en 293 B.-R., doordien het Hof heeft beslist, dat in een geding tot ontruiming eener pachthoeve op grond van geëindigde huur, bedragende f 375 's jaars, de bevoegdheid van den eersten rechter om in het hoogste ressort te oordeelen, bepaald wordt door het bedrag van den huurprijs per jaar;

„O. daaromtrent, dat alle vorderingen tot ontruiming eene onbepaalde waarde hebben, daar zij niet strekken om eene bepaalde geldsom of eene bepaalde zaak te geven, en de beantwoording der vraag, hoeveel waarde na afloop eener huur de ontruiming van het gehuurde voor den verhuurder hebben zal, van allerlei omstandigheden afhankelijk is, zonder dat daarvoor een vaste maatstaf is te vinden;

„dat zulk een maatstaf bepaaldelijk niet gelegen is in den huurprijs over een jaar berekend, zooals door den

verweerder in de eerste plaats is beweerd, omdat het tweede lid van a. 41 R.-O. daarvan wel doet afhangen de bevoegdheid des kntrs. om ten aanzien van pachthoeven, landen, tuinen en andere gronden van de vordering tot ontruiming kennis te nemen, maar uit deze bijzondere bepaling omtrent de competentie van den kntr geen gevolg kan getrokken worden wat betreft de appellabiliteit der vorderingen, die aan de beoordeeling der rechtb. onderworpen zijn, terwijl, die waarover de kntr oordeelt, alle appellabel zijn;

„dat door verweerder in de tweede plaats is aangevoerd, dat het geschil hoogstens liep over een jaar huur, maar dat ook deze omstandigheid niet kan leiden tot verwerping van het *middel*, zoowel omdat de hier bedoelde omstandigheid alleen kan worden afgeleid uit het antwoord van den oorspronkelijken gedaagde, als omdat (gelijk reeds overwogen is) de waarde van eene vordering tot ontruiming voor den verhuurder niet samenvalt met een bedrag der hem verschuldigde huur;

„dat het *eerste middel* dus gegrond is;

„dat na deze beslissing het *tweede middel*, als gericht tegen de motieven, waarom het Hof den tweeden grond, die voor de appellabiliteit was aangevoerd, verworpen heeft, niet behoeft te worden onderzocht;

„Vernietigt het arr. door het Gerechtshof te Leeuwarden 19 Dec. 1894 in deze zaak gewezen;

„Verklaart den toenmaligen app[t], eischer in cassatie, ontvankelijk in zijn hooger beroep;

„Wijst de zaak terug naar het Hof, om in hooger beroep te worden berecht;

„Veroordeelt den verweerder in de kosten van cassatie en in die, welke in appèl op de door hem voorgestelde exceptie van niet-appellabiliteit zijn gevallen."

N° 3477. — Arrest van 9 Mei 1895.

(A. 1954 en 1968 B.-W.)

Kan op 's rechters oordeel omtrent den inhoud en de strekking van een vonnis, berustende op de daarvan gegeven uitlegging, in cassatie worden teruggekomen? — NEEN.

Hangt de juistheid van het beroep op a. 1988 *B.-W. af van de beslissing omtrent de vraag, of er nog een staat van het geding over de hoofdvraag, waaromtrent de verjaring werd opgeworpen, open was, toen dat middel ingeroepen werd?* — JA.

De beide *middelen*, waarop dit beroep steunt, komen hierop neder, dat het Hof de a. 46, 59 en 222 B.-R., 1954 en 1988 B.-W., 20 R.-O. en 161 Grw. zou hebben geschonden of verkeerd toegepast, doordien het Hof, of ten onrechte het vonnis van 14 Oct. 1886 niet als interlocutoir heeft beschouwd, of heeft voorbijgezien, dat het gezag van interlocutoir zich slechts uitstrekt tot het daarbij gegeven bevel, niet tot de rechtsgronden daarvan, en, miskennende den regel dat het interlocutoir den rechter niet bindt en in strijd met het voorschrift der wet dat men zich in elken staat van het geding op verjaring mag beroepen, het beroep der eischers op verjaring, nadat het vonnis van 14 Oct. 1886 in kracht van gewijsde was gegaan, niet meer toelaatbaar heeft geoordeeld.

„De *middelen* zijn uitvoerig toegelicht. Mij komt het voor dat de zaak zeer eenvoudig is, en ik kan dus kort zijn.

„Of een vonnis van instructie is preparatoir of interlocutoir, dat is een rechtsvraag; maar of een vonnis, naast een bevel tot bewijs, onderzoek of instructie, ook inhoudt eene beslissing *au fond* dat is eene vraag van feitelijken aard, want die vraag moet hare oplossing vinden, niet in

de juridieke appreciatie van de kracht, maar in de uitlegging van het vonnis. En nu is de beslissing van het Hof, dat bij vonnis van 14 Oct. 1886 niet slechts eene expertise is gelast, maar de rechter daarbij ook des oorspronkelijken eischers vordering heeft ontvangen en aangenomen dat de eischer eigenaar is van de gelibelleerde perceelen, voor zoover het water bij gewone tijden, wanneer het op het hoogst is, op die perceelen stond.

„En dat is feitelijk.

„Maar het is ook juist.

„Wat de strekking der vordering, naar luid van de dagvaarding, was, dat zegt het arr. in de 8e rechtsoverw. Die vordering strekte om door den rechter te doen verstaan, dat de eischer (d. i. de nu verweerder) eigenaar is van de perceelen, in de dagvaarding kadastraal omschreven, voor zoover het water van het Parregaster meer bij gewone tijden op die perceelen stond, als het het hoogst was, en diensvolgens den gedaagde te gelasten op die perceelen in zoover ter vrije beschikking van den eischer te stellen en te laten; voorts, om daartoe te geraken, te bevelen de *uitvondiging* van die grenslijn en hare aanduiding op het terrein door zichtbare teekenen.

„Er moet dus vóór alles worden uitgemaakt of de oorspronkelijke eischer eigenaar was van de ter dagvaarding genoemde perceelen, *binnen de door hem aangegeven grens*. Slechts wanneer dat zou vaststaan, kon plaats zijn voor de toewijzing van de vordering tot *uitvondiging* en aanduiding op het terrein van die grens, en de bevolene expertise had dus ook niet de strekking om in staat van wijzen te brengen de vordering des eischers, dat hij zou worden verstaan eigenaar te zijn van de perceelen in kwestie, binnen de hoog-waterlijn van het thans drooggelegde Parregaster meer; maar om te geraken tot de uitvondiging

van die grens en hare aanduiding door zichtbare teekenen op dat terrein, dus om te geraken tot toewijzing eener vordering, die door den eischer, naast zijne vordering tot erkenning van zijn eigendomsrecht, was gedaan. Dat is niet twijfelachtig. En nu moge *in het dictum* van het vonnis van 1886 niet met zoovele woorden zijn gezegd, dat de oorspronkelijke eischer eigenaar is, zooals hij beweert te zijn, die beslissing komt voor in overwegingen van het vonnis, het moet noodzakelijkerwijs in de bedoeling van de rechtb. gelegen hebben die beslissing te geven, omdat de bevolen expertise geen zin zoude hebben, indien het eigendomsrecht binnen de hoogwaterlijn van het voormalige Parregaster meer niet was uitgemaakt; en nergens bepaalt de wet, dat aan beslissingen *au fond,* onder de beweegredenen van een vonnis voorkomende, niet de kracht der *res judicata* zou mogen worden toegekend, wanneer het in de bedoeling van den rechter gelegen heeft daar zoodanige beslissingen te geven, en hij die gegeven heeft. (Te vergelijken het arr. van 1 Febr. 1895, *Ned. Rechtspr.* CLXIX, § 15; v. d. Hon. *B.-R.* LXI, 14). Men zou dan met de eischers moeten kunnen beweren, dat hier geene beslissing over den eigendom *kan* gegeven zijn, omdat in de ontvankelijk-verklaring der vordering wel een beslissing over de juridieke, maar niet over de feitelijke gegrondheid der actie ligt opgesloten.

„Maar ook dat zou onjuist zijn; want de beslissing der rechtb. is niet dat de oorspronkelijke eischer in zijne vordering ontvankelijk is, omdat hij van de perceelen in kwestie tot aan de hoogwaterlijn van het voormalige Parregaster meer volgens de wet eigenaar *zou kunnen zijn*, maar de rechtb. beslist, dat de vordering van den oorspronkelijken eischer is geheel in overeenstemming met de wet en daarbij der gedaagden rechten geeerbiedigd worden

en de volkomen juiste, en in ieder geval hier onaantastbare uitlegging van het vonnis door het Hof is: „dat de „rechter den eisch heeft ontvangen en aangenomen, dat de „eischer eigenaar is van de gelibelleerde perceelen, voor „zoover het water bij gewone tijden, wanneer het op het „hoogst is, op die perceelen stond".

„Bij het vonnis van 1886 is uitgemaakt, dat de nu verweerder is eigenaar van de ter dagvaarding genoemde perceelen tot aan de hoogwaterlijn van het nu drooggelegde Parregaster meer, en dat het beroep op verjaring, door ongestoord bezit van gedeelten dier perceelen, door de eischers gedaan *nadat voormeld vonnis in kracht van gewijsde was gegaan*, door rechtb. en Hof niet ontvankelijk is verklaard, is zeker niet in strijd met a. 1988 B.-W., omdat wel in elken staat van het geding een beroep op verjaring kan worden gedaan, maar hier over den eigendom der bedoelde perceelen geen geding meer bestond."

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep met veroordeeling van de eischers in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O. dat als *middelen* van cassatie zijn voorgesteld: 1° schending door niet- of verkeerde toepassing van de a. 46, 59 en 222 B.-R., 1954 B.-W., 20 R.-O. en 161 der Grw., doordien het Hof òf met de Rechtb. het vonnis van 14 Oct. 1886 niet als interlocutoir heeft beschouwd, òf wel heeft voorbijgezien, dat het gezag van een interlocutoir zich slechts uitstrekt tot het daarbij gegeven bevel en niet tot de rechtsgronden, waarmede dat bevel gemotiveerd wordt, voorts, dat de rechter niet gehouden is het resultaat van den bevolen maatregel aan zijn eindvonnis ten grondslag te leggen, maar dat hij integendeel verplicht is, om, zoo *post* interlocutoir nieuwe feiten te zijner kennis worden

gebracht, op die feiten acht te slaan, ook al wordt daardoor aan de vroeger, krachtens interlocutoir bewezen feiten, hunne waarde voor de eindbeslissing ontnomen;

„2° Schending, door niet-toepassing, van de a. 1854 en 1988 B.-W., doordien het Hof het gezag van het vonnis van 14 Oct. 1886 heeft uitgebreid buiten zijn onderwerp, en in ieder geval uit het oog heeft verloren, dat het beroep op verjaring, om den bijzonderen aard der exceptie, in elk geding over eenig recht mag worden gedaan, zoolang dat geding niet geheel is beëindigd;

„O. daaromtrent, dat het Hof in de 14e overw. van het bestreden arr., als slotsom zijner voorafgaande beschouwingen omtrent den loop der gevoerde procedure en omtrent den inhoud en de strekking van het vonnis van 14 Oct. 1886 overweegt: „dat door het bedoelde gewijsde der Rechtb. te Leeuwarden onherroepelijk de eigendom der perceelen" (waarover het proces werd gevoerd) „is uitgemaakt, voor zoover het water van het Parregastermeer bij gewone tijden op die perceelen stond";

„O. dat derhalve het Hof dat vonnis, al moge daarbij tot het vinden van de grenzen der perceelen en de aanduiding daarvan op het terrein, een onderzoek door deskundigen zijn bevolen, voor zooverre de eigendomsvraag betreft heeft beschouwd als een eindvonnis;

„O., dat zoodanig oordeel omtrent den inhoud en de strekking van een vonnis, als berustende op de daarvan gegeven uitlegging, is van feitelijken aard, waarop in cassatie niet kan worden teruggekomen;

„O. voorts, dat het Hof in de 6e overw. te recht oordeelt: „dat de juistheid van het beroep op a. 1988 B. W. afhangt van de beslissing omtrent de vraag, of er nog een staat van het geding over de hoofdvraag, waaromtrent

de verjaring werd opgeworpen, open was, toen dat *middel* ingeroepen werd",

„O., dat die vraag in de 14e overw. ontkennend wordt beantwoord, als noodzakelijk gevolg van de voorafgaande beslissing, dat door het vonnis van 14 Oct. 1896 de eigendom der perceelen onherroepelijk was uitgemaakt;

„O. dat derhalve geen der beide *middelen* kan opgaan;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt de eischers in de kosten."

N° 3478. — Arrest van 24 Mei 1895.

Kan, waar sommatie en dagvaarding, in plaats van tot betalen, slechts hebben geleid tot eene schulderkentenis in rechte, de gedaagde gezegd worden de noodzakelijkheid om hem tot voldoening der aangeboden som te veroordeelen, te hebben opgeheven? — NEEN.

Kan, al stemt eene veroordeeling in bedrag niet volkomen overeen met het gevorderde, de daartoe strekkende uitspraak, onder bepaalde omstandigheden, leiden tot verwijzing van den gedaagde tevens in de proceskosten? — JA.

Kan, door met het oog op des gedaagden gedragingen vóór en na sommatie en dagvaarding, aan te nemen dat hij is aan te merken als de in het ongelijk gestelde partij waar de omstandigheden, welke tot dit oordeel hebben geleid, zijn onttrokken aan onderzoek in cassatie, a. 56 *B.-R. zijn geschonden?* — NEEN.

Is a. 1274 *B.-W. geschonden door, met het oog op nimmer aanbieden van eenige betaling door gedaagde, ofschoon zijne judicieele houding erkentenis van schuld tot zeker bedrag medebracht, te beslissen, dat eene sommatie tot betaling van dit bedrag moest geacht worden begrepen te zijn in de sommatie tot betaling van iets meer?* — NEEN.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. PATIJN, in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De nu eischer in cassatie werd in eersten aanleg door den nu verweerder gedagvaard tot betaling van eene som van *f* 305.42 voor door hem geleverde wijnen, likeuren en gedistilleerd. Door den gedaagde werd hiertegen bij conclusie van antwoord aangevoerd, dat hij voormeld bedrag niet schuldig was, doch wel erkende per saldo aan den eischer schuldig te zijn eene som van *f* 295.87, welk bedrag hij daarbij aanbood aan den eischer te betalen.

„De oorspronkelijke eischer antwoordde daarop, dat gedaagde meermalen in der minne tot betaling was aangemaand, en ten slotte bij akte, aan de dagvaarding voorafgaande, was gesommeerd, en dat, al ware gedaagde aangemaand tot betaling van een hooger bedrag dan hij nu erkende schuldig te zijn, hij niettemin *in mora* was, daar hij aan de sommatie niet had voldaan en eerst ter rolle aanbod tot betaling had gedaan.

„De rechtb. besliste, dat, waar de gedaagde heeft ontkend het gevorderde saldo van *f* 305.42 schuldig te zijn, de eischer de juistheid van het gevorderde had te bewijzen, en dat, waar dit bewijs nòch geleverd nòch aangeboden was, de vordering, zooals eischer die had ingesteld, hem niet kon volgen, verklaarde dat de gedaagde met zijn aanbod ad *f* 295.87 kon volstaan, veroordeelde hem tot betaling van dat bedrag met de renten sedert den dag der dagvaarding; ontzeide aan den eischer het meer gevorderde en veroordeelde den gedaagde in de proceskosten.

„Hiertegen nu zijn aangevoerd twee *middelen* van cassatie, die m. i. nauw samenhangen.

„Ze luiden: 1° schending en verkeerde toepassing van 56 B.-R., omdat de rechtb., welke aan den eischer, die te veel had gevorderd en bleef vorderen, en daarom diens ingestelde vordering heeft ontzegd, met gelijktijdige verklaring, dat de gedaagde met diens judicieel aanbod of

presentatie kon volstaan en dat diens aanbod was voldoende, den gedaagde, in plaats van den eischer, die geheel in het ongelijk werd gesteld, in de kosten heeft verwezen, en 2° schending en verkeerde toepassing van a. 1274 B.-W., omdat de rechtb., met voorbijzien, van een judicieel aanbod enkel als eene, in het proces gedane, opgaaf des gedaagden tot hoeverre het door eischer gevorderd bedrag wordt erkend, is te beschouwen en dit aanbod, ofschoon reeds bij conclusie van antwoord gedaan, aan geen terwijn was gebonden, den beklaagde heeft geacht *in mora* te zijn gesteld, door sommatie, met in verzuimstelling, tot betaling van het hoogere, doch onverschuldigd bevonden bedrag, in plaats van tot betaling van het *in judicio* aangeboden en schuldig erkend bedrag.

„De rechtb. oordeelde, m. i. te recht, dat de nu-eischer in cassatie door de, aan de dagvaarding voorafgaande sommatie in gebreke is gesteld, en het is mij niet duidelijk geworden, hoe door die beslissing a. 1274 B.-W. zou zijn geschonden of verkeerd toegepast. Op die sommatie bewaarde gedaagde het stilzwijgen, en hij deed geen aanbod om het wel door hem verschuldigde, dat n. b. slechts nauwelijks *f* 9.— minder bedroeg dan het bij sommatie van hem gevorderde, te voldoen, en nu besliste de rechtb. te recht, dat het eerst bij conclusie van antwoord gedaan als tardief moet worden beschouwd, ten opzichte van het ontgaan der proces-kosten. Had hij toch, vóór de sommatie en dagvaarding, eenig aanbod van betaling van het door hem schuldig erkende bedrag van *f* 295.87, aan den eischer gedaan, dan zou daardoor, zoo zegt de rechtb. „wellicht „het proces, vooral met het oog op het gering verschil „ten aanzien van het gevorderde, kunnen zijn voor„komen".

„Die beslissing van de rechtb. is geheel in overeen-

stemming met 's H.-R.'s arr. van 29 Febr. 1884 (*Rechtspr.* CXXXVI § 29; v. D. HON. *B.-R.* LX, 49) waarbij werd beslist, dat een judicieel aanbod, als ook in deze gedaan, niet kan gelijk gesteld worden met het aanbod, waarvan in a. 1417 B.-W. sprake is en waardoor alleen de mogelijkheid van veroordeeling vervalt, doch enkel kan beschouwd worden als eene, in het proces gedane opgave des gedaagden, tot hoeverre de door den eischer gestelde verbindtenis door hem wordt erkend, die niet uitsluit de veroordeeling van den gedaagde tot betaling van het door hem aangeboden bedrag.

„Nu werd, wel is waar, aan den eischer het meerdergevorderde ontzegd, maar dat meer gevorderde bedroeg *in casu* nog geen *f* 9.— en de gedaagde werd veroordeeld tot betaling van *f* 295.87; hij werd dus feitelijk in het ongelijk gesteld, en ik kan derhalve niet inzien, dat door de beslissing der rechtb. a. 56 B.-R. zou zijn geschonden of verkeerd toegepast; bovendien besliste het hiervoren geciteerd arr., dat de vraag, wie, in een geval als het onderhavige, in de proces-kesten moet worden veroordeeld, geheel van de feitelijke omstandigheden afhangt, waaromtrent in cassatie geen onderzoek is toegelaten.

„Ik concludeer derhalve tot verwerping van het ingesteld beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.

Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 56 B.-R., omdat de rechtb., — welke aan den eischer, die te veel had gevorderd en bleef vorderen, daarom diens vordering heeft ontzegd, met gelijktijdige verklaring, dat gedaagde met diens judicieel aanbod of presentatie kon volstaan, en dat diens aanbod was voldoende, — den gedaagde in plaats van den

eischer, die geheel in het ongelijk werd gesteld, in de kosten heeft verwezen;

„O. dat, blijkens het beklaagde vonnis, de nu verweerder, na vruchtelooze sommatie, heeft gedagvaard tot betaling van *f* 305.42 in hoofdsom, maar die vordering hem slechts is toegewezen voor f 295.87, op grond van gemis van ander bewijs daarvoor dan de erkentenis van den nu eischer in cassatie, opgesloten in diens bij antwoord gedaan aanbod van dat bedrag; dat echter de rechtb. heeft beslist, dat niettemin laatstgenoemde moest worden veroordeeld in de proces-kosten, op grond dat vóór de sommatie en dagvaarding nimmer was gebleken van aanbod zijnerzijds van eenige betaling, veelmin van eene som, zoo weinig verschillende van den eisch, waardoor wellicht het proces had kunnen worden voorkomen, terwijl voor het ontgaan der kosten het eerst bij antwoord gedaan aanbod moest worden beschouwd als tardief;

„O., dat, nu sommatie en dagvaarding, in plaats van tot betalen, slechts hadden geleid tot eene schulderkentenis in rechte, de nu eischer de noodzakelijkheid om hem, toen gedaagde, tot voldoening der aangeboden som te veroordeelen, niet had opgeheven; dat, al stemt dan de veroordeeling in bedrag niet volkomen overeen met het gevorderde, onder bepaalde omstandigheden zulk eene uitspraak kan leiden tot verwijzing tevens in de proceskosten, dat hier de rechtb., met het oog op des nu eischers gedragingen vóór en na sommatie en dagvaarding, heeft aangenomen, dat hij was aan te merken als de in *het ongelijk* gestelde partij, en dat, nu dit is aangenomen, en de omstandigheden, welke tot dit oordeel hebben geleid, zijn onttrokken aan onderzoek in cassatie, a. 56 B.-R. niet is geschonden, en alzoo het *eerste middel* is ongegrond;

„O., dat als *tweede middel* van cassatie is voorgesteld:

schending en verkeerde toepassing van a. 1274 B. W., omdat de rechtb., — met voorbijzien, dat een judicieel aanbod enkel als eene in het proces gedane opgaaf des gedaagden, tot hoever het door den eischer gevorderd bedrag wordt erkend, is te beschouwen, en dit aanbod, ofschoon reeds bij conclusie van antwoord gedaan, aan geen termijn was gebonden, — den gedaagde heeft geacht *in mora* te zijn gesteld door sommatie (met in verzuimstelling) tot betaling van het hoogere en steeds vastgehouden, doch onverschuldigd bevonden en dus ontzegd geworden bedrag, in plaats van tot betaling van het *in judicio* aangeboden en schuldig erkend bedrag;

„O. dat dit *middel* evenmin kon opgaan;

„dat toch de rechtb. in aanmerking heeft genomen juist datgeen, hetwelk zij volgens het *middel* heeft voorbijgezien; dat zij, beslissende, niet over het ontstaan van *mora* in de vervulling van des eischers verbindtenissen als kooper, en dus niet over het onderwerp van a. 1274 B.-W., maar over den invloed van zijn aanbod op zijn *ongelijk in het geding*, a. 1274 niet heeft kunnen schenden; — dat zij evenmin zulks heeft gedaan door, met het oog op nimmer aanbieden van eenige betaling door eischer, ofschoon zijne judicieele houding erkentenis van *f* 295.87 schuld medebracht, te beslissen dat eene sommatie tot betaling van dit bedrag moest geacht worden begrepen te zijn in de sommatie tot betaling van iets meer;

„Recht doende;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer in de daarop gevallen kosten.”

N° 3479. — Arrest van 31 Mei 1895.

(A. 384, n° 4, j° a° 394 B.-R.; a. 76 en 89 B.-R.)

Is, ingeval request-civiel wordt verzocht en aangenomen, uit kracht van a. 384, *n°* 4, *B.-R., a.* 394 *van dat wetboek van toepassing?* — JA.

Kan bij die aanneming tevens uitspraak worden gedaan op een der gedeelten van den eisch, waaromtrent dit vroeger was verzuimd? — NEEN.

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.

„Gezien het request-civiel, bij dagvaarding dd. 7 Mei 1895 door de verzoekster aan den H.-R. ingediend;

„Gehoord den Adv.-G. PATIJN, namens den Proc.-G., in zijne conclusie, strekkende tot verleening van verstek tegen den gedaagde en toewijzing van de conclusie der eischeresse;

„Gelet op het ter terechtzitting van 17 Mei 1895 tegen den ged. verleend verstek;

„Gezien de stukken, voor zooveel noodig behoorlijk geregistreerd;

„O., dat blijkens de dagvaarding in cassatie, waarop 's Raads arr. van 13 Dec. 1894 is gewezen, de verzoekster van request-civiel heeft gevorderd vernietiging van 's Hofs arr., waartegen zij zich in cassatie had voorzien, en toewijzing van hare voor het Hof gedane vordering, waartoe blijkens dat arr., ook behoorde uitvoerbaarverklaring der van het Hof verlangde veroordeeling, zelfs bij lijfsdwang;

„dat echter bij 's Raads arr. in cassatie op dit deel der verordening geen recht is gedaan, en aldus aanwezig is een verzuim van uitspraak, hetwelk volgens a. 382 aanhef en n°4 B.-R. grond geeft tot herroeping, bij wege van request-civiel, zoodat het daartoe strekkende verzoek in zoover behoort te worden aangenomen;

„O. dat bij de dagvaarding op request-civiel en daarop genomen conclusie, de eischeresse bovendien verzoekt, dat de uitvoerbaarverklaring bij lijfsdwang van de bij 's Raads arr. uitgesproken veroordeeling haar thans zal worden toegewezen, doch de hiertoe strekkende conclusie haar niet als rechtmatig en gegrond kan volgen;

„dat immers a. 394 B.-R. geen verder rechtsgevolg, buiten herroeping binnen de bij a. 384 van dat wetboek gestelde grenzen, aan een aangenomen request-civiel verbindt, dan dat partijen worden teruggebracht in denzelfden staat, in welken zij waren vóór de uitspraak, tegen welke dit rechtsmiddel is aangewend:

„Rechtdoende op het request-civiel;

„Gezien de aangehaalde a. benevens de artt. 56, 76 en 89 B.-R.;

„Herroept het door den H.-R., rechtdoende in cassatie, den 13ⁿ Dec. 1894 tusschen de partijen gewezen arr., doch alleen voorzoover daarbij is verzuimd uitspraak te doen op den door de toen eischeresse, nu verzoekster van request-civiel, gevorderden lijfsdwang;

„Brengt in zoover partijen in denzelfden staat terug, waarin zij waren vóór 's Raads genoemd arr.;

„Verklaart de verzoekster niet-ontvankelijk vooralsnog in hetgeen door haar meer of anders is verzocht;

„Reserveert de kosten op het request-civiel gevallen, behalve die van het verstek des gedaagden in dit cas, welke te zijnen laste blijven."

[Deze zaak werd, ingevolge dit arr., opnieuw bij dagvaarding aanhangig gemaakt voor 's Raads Kamer van Vacantie, die, thans rechtdoende in cassatie, bij haar arr. van 27 Juli 1895, in overeenstemming met de conclusie, na verleend verstek tegen den niet verschenen verweerder, de vordering der eischeresse, tot uitvoerbaarverklaring van

de bij het arr. van 13 Dec. 1894 uitgesproken veroordeelingen zelfs *bij lijfsdwang*, behalve wat de proces-kosten betreft, heeft toegewzen, met veroordeeling van den verweerder en defaillant in de proceskosten, ook die gereserveerd bij het hiervoren medegedeeld arr. van 31 Mei 1895.]

N⁰ 3480. — Arrest van 31 Mei 1895.

(A. 48 en 382 B.-R.; a. 1978 B.-W.)

Kunnen door 's rechters beslissing, waarbij acht geslagen is op zekere aangeboden bewijsmateriaal en rekenschap gegeven is waarom hij onderzoek van den inhoud onnoodig keurt, de a. 48 *en* 382 *B.-R. zijn geschonden?* — NEEN.

Kan daar, waar niet betwist is dat de vordering niet geheel van ander bewijs ontbloot is, door het opleggen van den suppletoiren eed, *a.* 1978 *B. W. zijn geschonden?* — NEEN.

Namens de Proc.-G. heeft de Adv.-G. PATIJN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De arr.-rechtbank te Rotterdam in hooger beroep recht doende wees in deze een zoogenaamd alternatief vonnis, waarbij voor het geval de nu verweerder den bij het vonnis opgelegden suppletoiren eed niet aflegde, de kosten werden gecompenseerd in dier voege, dat iedere partij hare eigene kosten zou dragen.

„Hiertegen nu is het eerste *middel* van cassatie gericht, luidende: schending en verkeerde toepassing van a. 56 B.-R., doordien het beklaagde vonnis, voor het geval de nu verweerder, toen geintimeerde, tot het afleggen van den bij dat vonnis opgedragen eed door de wederpartij opgeroepen, niet mocht verschijnen of weigeren dien eed af te leggen, de kosten van het rechtsgeding gecompen-

seerd zijn, in dier voege, dat ieder der partijen hare eigene kosten drage, zoowel in eersten aanleg als in appel.

„Terecht m. i. is door den nu verweerder in cassatie opgemerkt, dat de voorziening eenigszins vreemd is, nu het tusschen partijen vaststaat, dat op het oogenblik, waarop men in cassatie kwam, reeds zeker was, dat de geïntimeerde in appel zich bereid had verklaard den hem opgedragen eed af te leggen, en dat dus het tweede gedeelte van het vonnis, waartegen het eerste *middel* gericht is, nimmer zou worden uitgevoerd.

„Doch dit daargelaten, is het m. i. niet twijfelachtig of het *middel* kan niet opgaan.

„Wel beweert nu eischer in cassatie, dat bij niet-verschijning van den verweerder of, bij weigering van den verweerder om den eed af te leggen, de appellant in geen enkel punt in het ongelijk zou zijn gesteld, maar die bewering is m. i. onjuist. De oorspronkelijke dagvaarding strekte tot betaling van hetgeen volgens den eischer per saldo door den gedaagde aan hem zou verschuldigd zijn voor door hem aan den gedaagde gedane leverantiën over de jaren 1891, 1892 en 1893. Reeds in eersten aanleg was beslist, dat het bedrag der rekening over 1892 ten onrechte was gevorderd; over het verschuldigde over 1891 liep de nu opgedragen eed, en het bedrag over 1893 erkende de gedaagde schuldig te zijn, en hij had bij conclusie aangeboden dat bedrag te betalen.

Gesteld nu, dat de verweerder den eed niet aflegde, dan zou, volgens eischer, de oorspronkelijke eischer in allen deele in het ongelijk zijn gesteld en geene compensatie van kosten te pas komen.

„Het geldt hier alzoo dezelfde vraag, dien ik reeds heden vóór acht dagen besprak en ook thans meen ik te mogen verwijzen naar het toen door mij geciteerd arr. van Uwen

Raad van 29 Febr. 1844 (v. d. Hon. *B.-R.* XLIX 232) waarbij werd beslist, dat een aanbod, bij conclusie gedaan, zooals ook in deze heeft plaats gehad, de mogelijkheid van veroordeeling tot betaling van het aangeboden bedrag niet uitsluit, waaruit ik de gevolgtrekking meen te mogen maken, dat volgens Uwen Raad eene *veroordeeling* van partij tot betaling van eene bij dagvaarding gevorderde som in zich sluit en beteekent eene in het ongelijk stellen van de partij, die bij de uitspraak tot betaling van dat bedrag wordt veroordeeld.

„Wil de partij eene veroordeeling ontgaan dan had hij m. i. gebruik kunnen maken en moeten maken van het bij a. 1417 B.-W. aangeboden *middel.*

„Zijn nu partijen, naar het oordeel van den Rechter die over de feiten oordeelt, over en weder gedeeltelijk in het ongelijk gesteld, dan is eene compensatie van kosten, zooals in deze door de rechtb. uitgesproken, niet in strijd, maar geheel conform a. 56 B.-R., terwijl het wel geen betoog zal behoeven dat de beantwoording der vraag, hoever die compensatie moet gaan, geheel behoort tot de bevoegdheid van den feitelijken rechter.

„Het tweede *middel* luidt: schending en verkeerde toepassing van a. 1978 B.-W., in verband met de a. 48 en 382 B.-R., omdat de rechtb. een suppletoiren eed heeft opgelegd, zonder het aangevoerde bewijsmateriaal in zijn geheel te onderzoeken, noch daaromtrent, gelijk gevraagd was, uitspraak te doen, en zulks niettegenstaande de nu verweerder, toen geintimeerde van oordeel was, door dit bewijsmateriaal zijne vordering volledig bewezen te hebben en het geschil tusschen partijen uitsluitend over de *bewijsmiddelen* liep.

„De Rechter zou, door zóó te handelen, zoo is voor den eischer beweerd, zijn afgeweken van het hem bij de a. 48

en 382 B.-R. aangenomen lijdelijk standpunt. Hoe echter één van *die* beide a. geschonden of verkeerd toegepast zou zijn, daar waar de rechtb., gebruik makende van de haar bij a. 1978 B. W. gegeven bevoegdheid, aan een der partijen den suppletoiren eed oplegt, zonder gebruik te maken van het mede door de partij, aan wie de eed wordt opgedragen, aangeboden bewijs door zijne boeken, is mij niet duidelijk mogen worden. 't Is alleen de vraag of *in casu* één der gevallen aanwezig was, waarin aan den Rechter de bevoegdheid gegeven wordt den suppletoiren eed op te leggen, en wanneer we dan zien, dat de rechtb. beslist, dat „de vordering over het jaar 1891 wel niet volledig „bewezen is, doch niet geheel van bewijs ontbloot", dan zal het wel geen betoog behoeven, dat ook a. 1978 B.-W. niet door de aangevochten uitspraak kan zijn geschonden.

„Ik heb derhalve de eer te concludeeren tot verwerping van het ingesteld beroep met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 56 B.-R., doordien bij het beklaagde vonnis, voor het geval de nu verweerder, toen geintim°, tot het afleggen van den bij dat vonnis opgedragen eed door de wederpartij opgeroepen, niet mocht verschijnen of weigeren dien af te leggen, de kosten van het rechtsgeding gecompenseerd zijn, in dier voege, dat ieder der partijen haar eigen kosten drage, zoowel in eersten aanleg als in appel; en zulks, niettegenstaande, bij niet-verschijning van den nu verweerder of bij weigering van dezen om vermelden eed af te leggen, de nu eischer in hooger beroep op geen enkel punt werd in het ongelijk gesteld, terwijl a. 56 B.-R. voor compensatie van kosten

als voorwaarde stelt, dat partijen, die niet met elkander gehuwd, bloedverwanten of aangehuwden zijn, over en weder op eenige punten in het ongelijk worden gesteld;

„O., dienaangaande, dat, blijkens het vonnis der arr.-rechtb. te Rotterdam, waartegen het geroep is gericht, de nu eischer, toen app[t], voor die rechtb. o. a. heeft gevorderd verklaring, dat hij zal kunnen volstaan met het door hem gedaan aanbod van *f* 43.73, en hij, zoo noodig, tot de praestatie daarvan zal worden veroordeeld; dat de rechtb., op grond van door den nu verweerder bijgebracht schriftelijk bewijs diens hoogere vordering niet geheel onbewezen oordeelende, aan dezen een suppletoiren eed heeft opgelegd, en, voor het geval van aflegging, hem zijn eisch heeft toegewezen, doch, voor het tegenovergesteld geval, den eischer in cassatie heeft veroordeeld, *behalve* tot betaling van het aangeboden bedrag, in 6 pCt. rente van die som sinds 12 Jan. 1894, en de kosten van een in eersten aanleg, op verstek zijnerzijds, geweven vonnis heeft gelaten te zijnen laste, terwijl voorts de rechtb. de kosten heeft gecompenseerd, in dier voege, dat ieder der partijen hare eigen kosten drage;

„dat alzoo — daargelaten of hier blijkt van een aanbod in wettelijken zin — onjuist is de bewering van eischer in cassatie, dat, voor het geval van niet-eedsaflegging, hij bij het beklaagde vonnis tot niets anders werd veroordeeld dan tot betaling van wat hij reeds zou hebben aangeboden, alzoo werd in het gelijk gesteld; waarom het *middel*, hetwelk op die bewering is gebouwd, bij gemis van zijn feitelijken grondslag, niet tot cassatie kan leiden;

„O., dat als *tweede middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 1978 B.-W., in verband met de a. 48 en 382 B.-R., omdat de rechtb. een suppletoiren eed heeft opgelegd zonder het aangevoerde

bewijsmateriaal in zijn geheel te onderzoeken, noch daaromtrent, gelijk gevraagd was, uitspraak te doen, en zulks, niettegenstaande de nu verweerder, toen geint., van oordeel was, door dit bewijsmateriaal zijne vordering volledig bewezen te hebben, en het geschil tusschen partijen uitsluitend over de bewijsmiddelen liep;

„O., dat dit *middel* zijne aanleiding vindt in de uit het bestreden vonnis blijkende omstandigheid, dat de nu verweerder reeds in eersten aanleg zich had beroepen op zijne koopmansboeken, ofschoon toen, zoowel als bij de rechtb., bewerende ook zonder boekenbewijs bewezen te hebben wat hij had gesteld, en de nu eischer subsidiair van de rechtb. had gevraagd last tot openlegging van die boeken;

„O., dat de rechtb. heeft geoordeeld, dat, nu er termen aanwezig waren voor een suppletoiren eed, de vraag, of de ktnr te recht die boeken als bewijsmiddelen heeft aangenomen, buiten beschouwing kan blijven; dat zij dus op dat bewijsmateriaal achtgeslagen heeft en rekenschap gegeven waarom zij onderzoek van den inhoud onnoodig keurt, zoodat reeds daarom a. 48 B.-R. niet kan zijn geschonden; — dat door die beslissing ook het over request-civiel handelende a. 382 van dat Wetboek niet kan zijn geschonden; — dat eindelijk, wat betreft het schenden van a. 1978 B.-W., niet betwist wordt, dat de vordering niet geheel van ander bewijs was ontbloot, en waar dit vaststaat, de eed suppletoir is opgelegd overeenkomstig dit a., zoodat het daardoor niet kan zijn geschonden; dat dus ook het tweede cassatie-*middel* is onaannemelijk;

„Recht doende:

„Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer in de kosten."

N° 3481. — Arrest van 14 Juni 1895.

(A. 1802 B.-W. en a. 2 en 3, 81 en 82 v. h. bij Kon. Besluit van 5 Febr. 1879 vastgesteld Reglement voor het Noordzee-kanaal.)

Moet, naar den wettelijken regel omtrent den bewijslast, hij die schadevergoeding vordert op grond van schuld, nalatigheid of onvoorzichtigheid, hiervan het bewijs leveren? — Ja.

Kunnen bij Kon. besluit veranderingen worden gemaakt in de omtrent den bewijslast geldende wettelijke regelen? — Neen.

Is dat bij Kon. besluit van 5 *Febr.* 1879, St. n° 30, *geschied?* — Neen.

Kan het, blijkens de woorden „de persoon die tot de vergoeding gehouden wordt geacht", in art. 81 *van gemeld Kon. besluit, de bedoeling dier bepaling zijn, dat door den aldaar bedoelden ambtenaar of beambte zoude worden beslist over de schuld, nalatigheid of onvoorzichtigheid van den bevelvoerder, met dit gevolg dat deze later zoude moeten bewijzen, dat er aan zijne zijde geen schuld, nalatigheid of onvoorzichtigheid had bestaan?* — Neen.

Mag uit de omstandigheid dat in gemeld art. 81 *sprake is van een bedrag door den bevelvoerder verschuldigd, en dat in het daarop volgende art. aan dezen de verplichting is opgelegd tot voldoening van het door hem verschuldigde, worden afgeleid dat zijne schuldplichtigheid zoude zijn uitgemaakt, en de voldoening de kwijting zoude zijn van eene vaststaande schuld?* — Neen.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-Gen. Patijn in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Op den 11n Mei 1889 werd door het stoomschip *Beckton* schade gevaren aan een steiger van het Rijk in het Noordzeekanaal, onder IJmuiden.

„Overeenkomstig het toen geldende Kanaal-reglement van 5 Febr. 1879, St. n° 30, werd van de schade proces-verbaal opgemaakt door de kanaal-beambten en de tweede ver-

weerders in cassatie bleven borg voor de betaling der schade.

„De betaling volgde evenwel niet, en de Staat dagvaardde toen de nu verweerders tot vergoeding van de toegebrachte schade, hetgeen, na een interlocutoir vonnis, leidde tot ontzegging van den eisch door de arr.-rechtb. te Haarlem, welk vonnis door het Gerechtshof te Amsterdam in hooger beroep werd bevestigd.

„Tegen die uitspraak voorzag de eischer zich in cassatie, als *middel* stellende: schending en verkeerde toepassing van de *a.* 80, 81, 82 en 83 van het Kon.-Besl. van 5 Febr. 1879 St. n° 30, omdat het Hof aanneemt dat de borgstelling door de oorspronkelijke gedaagden, overeenkomstig de bepalingen van het aangehaalde Kon.-Besl., met de verbindtenis voor de herstellingskosten te voldoen, niet ten gevolge heeft, dat de gedn de niet-aansprakelijkheid moeten bewijzen, maar dit laatste eerst aanneemt, wanneer bewijs van schuld geleverd is, hoewel de borgstelling slechts is voor de bij het Kon.-Besl. opgelegde hoofdverbindtenis, zoodat, waar, voor de ongegarandeerde hoofdverbindtenis niet wordt gevorderd, dat de Staat bewijs van schuld levert, zulks evenmin het geval is voor de wel gegarandeerde hoofdverbindtenis, en de omstandigheid, dat de aansprakelijkheid in het Kon.-Besl. gegrond is op schuld, slechts tengevolge heeft, dat de gedn kunnen aantoonen, dat de schipper geen schuld heeft, om zich van hunne verplichting te ontslaan.

„Hiertegen is door de verw. in de eerste plaats gevoerd eene exceptieve verdediging.

„Zij beweren in de eerste plaats, dat het bij het *middel* gevoerde systeem zou zijn een nieuw *middel.* In vorige instanties, zoo zeggen zij, was de bewering, dat *door de borgstelling* de bewijstlast werd geïnterverteerd, zoodat, toen

toegegeven werd, dat, indien geen borg was gesteld, het bewijs der aansprakelijkheid voor de schade door den Staat moest geleverd worden, terwijl de bij het middel van cassatië gevoerde bewering deze is, dat de Staat, zelfs voor de ongegarandeerde hoofdverbindtenis geen bewijs van schuld behoeft te leveren, en dus tot betaling der schade zou kunnen ageeren, zonder tot bewijs van schuld gehouden te zijn.

„Het komt mij voor, dat deze exceptie niet kan opgaan. De houding en de beweringen van den Staat in de vorige instantiën waren, in hoofdzaak, het gevolg van de omstandigheid, dat in het eerst tusschen partijen *in confesso* scheen, dat de toegebrachte schade het gevolg was van aanvaring, terwijl eerst later eene andere oorzaak voor de schade bleek te bestaan, maar zulks neemt niet weg, dat het stelsel van den Staat steeds is geweest, dat de borg alleen reeds voor het feit, dat hij borg was, tot betaling verplicht was, terwijl van interversie van bewijslast alleen in het arr. wordt gesproken.

„In de tweede plaats beweren de verw[s], dat deze procedure nimmer tot cassatie zou kunnen leiden, omdat a. 1902 B.-W. niet als geschonden of verkeerd toegepast in de *middelen* is opgenomen. Hierop is echter m. i. terecht voor den eischer geantwoord, dat de aanhaling van dit a. in zijn systeem niet noodig was, daar hij stelde, dat, volgens de a. 80 en vlg. van het Reglement, de bewijslast van het niet-verschuldigd zijn rust op den schipper, zoodat het stelsel van het arr. wel in strijd zou zijn met die a., maar niet met a. 1902 B.-W.

„In de derde plaats, zegt men: nu uit aanvaring geageerd is en thans ten processe vaststaat, dat er geen aanvaring heeft plaats gehad, zou de vordering toch nimmer kunnen worden toegewezen.

„Mij komt het voor, dat dit verweer nauw samenhangt met de hoofdvraag, die door dit geding aan Uwe beslissing wordt onderworpen, en die ook nu nog van gewicht is, omdat de voorschriften van die a. van het Reglement, sedert met geringe wijziging zijn opgenomen in a. 4 der wet van 28 Febr. 1891, *St.* n° 69, tot vaststelling van bepalingen betreffende 'sRijks Waterstaatswerken, bij de tot standkoming waarvan meermalen naar de a. 80 en vgl. van het Reglement van 1879 werd verwezen.

„Men zou m. i. de vraag aldus kunnen formuleeren: is in cas van het toebrengen van schade voor een schip aan een van de Rijkswerken de Staat verplicht de schuld voor de toegebrachte schade te bewijzen, dan wel, is er, overeenkomstig de bestaande voorschriften, borg gesteld, de borg tot betaling verplicht, zonder dat de Staat tot dit bewijs gehouden is?

„De verplichting tot schadevergoeding, de hoofdverbindtenis, zooals zij in het *middel* genoemd wordt, vloeit voort uit a. 80 van het Regl., waarin gezegd wordt, dat de bevelvoerders aansprakelijk zijn voor alle schade, welke door hunne schuld, nalatigheid of onvoorzichtigheid aan de kanaalwerken wordt toegebracht.

„Hield nu het Regl. omtrent die verplichting tot schadevergoeding niets anders in, dan zou het, meen ik, door niemand met recht betwijfeld kunnen worden, of de Staat zou, tot schadevergoeding ageerende, de schuld, nalatigheid of onvoorzichtigheid van den bevelvoerende hebben te bewijzen.

„De beantwoording van de door mij gestelde vraag is dus afhankelijk van deze andere, of in die rechtsverhouding van partijen eenige verandering wordt gebracht door hetgeen de a. 81 en 82 bepalen?

„A. 81 bepaalt: dat van alle schade aan de kanaal-

werken toegebracht, door den ambtenaar of beambte proces-verbaal wordt opgemaakt, welk proces-verbaal o. m. inhoudt de vermoedelijke kosten van herstelling, den persoon, die tot de vergoeding gehouden wordt geacht en het bedrag, dat door dezen is verschuldigd; — en a. 82: dat de bevelvoerder van het schip, dat de schade berokkend heeft, verplicht is het in het proces-verbaal geraamd bedrag van het door hem verschuldigde onmiddellijk te voldoen of daarvoor borg te stellen, bij gebreke waarvan het voortzetten der reis wordt belet.

„De bedoeling van die twee artt. is duidelijk. Eensdeels lag daaraan ten grondslag de bedoeling, den Staat zekerheid te verschaffen, dat de werkelijke schade zou worden vergoed, zonder dat het noodig zou zijn die in te vorderen van een, wellicht zich buiten 's lands bevindenden schuldenaar, en anderdeels de wensch, om de scheepvaart zoo min mogelijk te bemoeilijken, die door eene, anders vaak noodzakelijke beslaglegging op het schip grootelijks zou kunnen worden geschaad.

„Twee gevallen zijn nu voornamelijk mogelijk: of, dat de schipper de aldus getaxeerde schade betaalt, en dan heeft de Staat, uit den aard der zaak niets te bewijzen; beweert nu de schipper later onverschuldigd betaald te hebben en vordert hij op dien grond het reeds door hem betaalde geheel of gedeeltelijk terug, dan zal zeer zeker op hem de bewijslast drukken, dat hij onverschuldigd betaalde; — of wel: dat hij borg stelt; ook de borg kan goedschiks betalen, en ook dan zal de Staat niets te bewijzen hebben, maar het kan ook zijn, dat er tusschen den schipper of den borg en den Staat geschil ontstaat over de vraag, of hij verplicht is, de schade te betalen; dan zal de Staat tot betaling dier schadevergoeding moeten ageeren en dan zal, volgens de regelen van het gemeene

recht, ook op den Staat de bewijslast rusten van de feiten, waaraan hij zijn recht meent te kunnen ontleenen;

„In den regel kan, door de bepalingen van het bij Kon. Besl. vastgestelde Reglement geen wijziging worden gebracht, en opmerking verdient het m. i., dat toen hij de behandeling van het met a. 82 in hoofdzaak overeenstemmende a. 4 van de wet van 1891 door de Regeering, op eene deswege in de Tweede Kamer der Staten-Generaal gedane vraag, of de schipper, die betaald heeft, later geen actie heeft tegen den Staat tot terugbekoming van hetgeen hij meent onverschuldigd betaald te hebben, werd geantwoord: „Die vraag moet ongetwijfeld toestemmend be- „antwoord worden; met dit voorbehoud, dat dàn de schipper „de gegrondheid zijner vordering zal hebben te bewijzen." (*Handel.* IIe Kamer 1890—91, blz. 92). Maar zelfs deze, m. i. alleszins juiste redeneering lokte van één der leden het antwoord uit: „Tegen het laatste punt in 's Ministers rede, „dat in een proces tusschen den Staat en den schipper, „de bewijslast zou rusten, is het voldoende alleen protest „aan te teekenen. Dit exceptioneel recht staat althans in „dit wetsontwerp ook niet." Maar hoeveel te minder dan kan men zich op de a. 80 en 81 van het Regl. beroepen ten bewijze dat, waar de Staat als eischer optreedt, op den schipper de bewijslast zon rusten!

„A. 81 spreekt ook voorzichtig alleen van den persoon, die tot de vergoeding gehouden *wordt geacht,* en in de borgstelling kan ik niet anders zien dan eene zekerheidsstelling (waarmede zij ook in het Voorloopig Verslag op de wet van 1891 op ééne lijn wordt gesteld) voor den Staat voor de terugbekoming van de noodzakelijke kosten van herstel, wanneer het blijkt, dat de hoofdschuldenaar tot betaling verplicht is.

„Maar zelfs al wil men de borgstelling in zuiver civiel-

rechtelijken zin opvatten, dan nog vloeit daaruit voor den borg alléén de verplichting tot betaling voort, wanneer de hoofdschuld vaststaat. „Alleen de voldoening van de hoofdschuld" schrijft DIEPHUIS (XIII, 276) „wordt door een „borgtocht gewaarborgd."

„De borgtocht is dan ook, zooals het Hof m. i. terecht beslist, niet eene erkenning van schuldplichtigheid, maar slechts eene verbindtenis om, mocht eventueel de aansprakelijkheid worden bewezen, de schade te vergoeden. Interventie van bewijslast zou alleen kunnen volgen uit het vermoeden van schuld bij den schipper, b. v. indien zijn schip tegen den steiger zou zijn aangevaren.

„Is, zooals bij pleidooi gereleveerd is, de schade, die aan den steiger is toegebracht, het gevolg geweest van het onverstandig of roekeloos manoeuvreeren met het stoomschip, dan zou zeer zeker de bevelvoerder, volgens a. 80 van het Reglement, voor de aldus veroorzaakte schade aansprakelijk zijn geweest, maar nu, zooals het arr. zegt, bij de introductieve dagvaarding slechts in zooverre schuld of eene onrechtmatigheid van de zijde van den schipper is gesustineerd, dat de schade aan den steiger en bijbehoorende werken zou zijn toegebracht door de aanvaring van het door hem bestuurde schip, en *in facto* is beslist, dat het bewijs hiervan niet is geleverd, nu komt het mij voor, dat de vordering terecht is ontzegd, en dat door 's Hofs arr. de in het *middel* genoemde a. van het Reglement niet zijn geschonden of verkeerd toegepast.

„Ik heb mitsdien de eer te concludeeren tot verwerping van het ingesteld beroep met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz;

Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O., dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending

en verkeerde toepassing van de a. 80, 81, 82 en 83 Kon. besluit van 5 Febr. 1879 *St.* n° 30, omdat het Hof aanneemt, dat de borgstelling door de oorspronkelijke gedaagden, overeenkomstig de bepalingen van het aangehaald Kon. besluit met de verbindtenis om de herstellingskosten te voldoen, niet ten gevolge heeft, dat de gedaagden de niet-aansprakelijkheid moeten bewijzen, maar dit laatste eerst aanneemt, wanneer bewijs van schuld geleverd is, hoewel die borgstelling slechts is voor de bij het Kon. besluit opgelegde hoofdverbindtenis, zoodat waar voor de ongegarandeerde hoofdverbindtenis niet wordt gevorderd, dat de Staat bewijs van schuld levert, zulks evenmin het geval is voor de wel gegarandeerde hoofdverbindtenis, en de omstandigheid, dat de aansprakelijkheid in het Kon. besluit gegrond is op schuld, slechts tengevolge heeft, dat de gedaagden kunnen aantoonen, dat de schipper geen schuld heeft, om zich van hunne verplichting te ontslaan:

„O. daaromtrent, dat volgens a. 80 Kon. besl. de bevelvoerders verantwoordelijk zijn voor alle schade, welke door hunne schuld, nalatigheid of onvoorzichtigheid, of door die hunner ondergeschikten, aan de kanaalwerken wordt toegebracht;

„O. dat, naar den wettelijken regel omtrent den bewijslast de eischer (in deze de Staat), die schadevergoeding vordert op grond van schuld, nalatigheid of onvoorzichtigheid, hiervan het bewijs moet leveren;

„O., dat nu wel bij de wet, voor een bijzonder geval, de bewijslast op eene wijze kan worden geregeld, maar dat bij een Kon. besluit geene veranderingen kunnen worden gemaakt in de daaromtrent geldende wettelijke regelen, hetgeen ook niet bij het onderhavige Kon. besluit is geschied;

„O., dat a. 81 bepaalt, dat van alle schade, welke aan de kanaalwerken wordt toegebracht, door den ambtenaar of beambte, met de handhaving van het reglement belast,

die zulks bemerkt, proces-verbaal wordt opgemaakt, inhoudende den staat, waarin het beschadigde zich vóór het ongeval bevond, de omstandigheden waaronder de beschadiging heeft plaats gehad, de vermoedelijke kosten der herstelling, den persoon, die tot de vergoeding gehouden wordt geacht, en het bedrag, dat door dezen is verschuldigd; terwijl a. 82 voorschrijft, dat de bevelvoerder van het schip of vlot, dat de schade berokkend heeft, verplicht is het in het proces-verbaal geraamde bedrag van het door hem verschuldigde onmiddellijk aan den ambtenaar of beambte te voldoen of daarvoor borg te stellen, bij gebreke waarvan het voortzetten der reis wordt belet;

„O., dat het, blijkens de woorden „de persoon, die tot de vergoeding gehouden wordt geacht" in a. 81, de bedoeling dier bepaling niet kan zijn, dat door den ambtenaar of beambte zoude worden beslist over de schuld, nalatigheid of onvoorzichtigheid van den bevelvoerder, met dit gevolg, dat deze later zoude moeten bewijzen, dat er aan zijne zijde geen schuld, nalatigheid of onvoorzichtigheid had bestaan, maar dat het doel van het voorschrift omtrent het op te maken procesverbaal en hetgeen daarin moet worden vermeld, kennelijk geen ander is, dan om reeds dadelijk na het ongeval, met het oog op eene later in te stellen vordering, voorloopig te doen blijken hoe de zaak zich heeft toegedragen, welke schade er is toegebracht, en wie daarvoor aansprakelijk wordt geacht;

„O., dat al moge in a. 81 sprake zijn van een bedrag door den bevelvoerder verschuldigd, en in a. 82 aan dezen de verplichting zijn opgelegd tot voldoening van het door hem verschuldigde, die uitdrukkingen niet in dien zin mogen worden verstaan, dat zijne schuldplichtigheid zoude zijn uitgemaakt, en de voldoening de kwijting zoude zijn van eene vaststaande schuld;

„O., dat integendeel de in a. 82 opgelegde verplichting tot voldoening of borgstelling geen andere strekking heeft dan om den Staat zakelijke of persoonlijke zekerheid te verschaffen tegenover een dikwijls onbekenden of vreemden bevelvoerder, die zijne reis wenscht te vervolgen, en om te gelijk de belangen der scheepvaart te bevorderen, door de voortzetting der reis mogelijk te maken;

„O. dat mitsdien het aangevoerde *cassatie-middel* is ongegrond;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer in de kosten.”

N°. 3482. — Arrest van 14 Juni 1895.

(A. 1966 v. js. as. 48 en 50 B.-R.)

Kan van eene interlocutoire uitspraak tegelijk met de einduitspraak in cassatie worden gekomen? — Ja.

Indien dit geschiedt, vangt dan ook voor het interlocutoir, de termijn bedoeld in art. 398 *B.-R., aan met de beteekening van de einduitspraak?* — Ja.

Is het in a. 48 *B.-R. neergelegde beginsel van lijdelijkheid des rechtere geschonden, waar door den rechter geen nieuwe feiten of rechtsmiddelen in het geding zijn gebracht?* — Neen.

Moet onder alle omstandigheden het stilzwijgen van hem, aan wien een beslissende eed is opgedragen, als weigering worden beschouwd om dien eed aan te nemen of terug te wijzen? — Neen.

De Proc.-G. Mr. Blis heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De verweerder vraagt niet-ontvankelijkverklaring van het beroep, voor zooverre dit mede is gericht tegen het interlocutoir arr. van 19 Juni 1894, zulks op grond, dat dit beroep niet is ingesteld binnen drie maanden na de

beteekening van dit arr. Bij de arr[n] van 7 Mei 1858 en 8 Dec. 1865 (die ook te vinden zijn bij v. d. Honert, *B.-R.* XXII, 231 en XXX, 107) besliste de Raad, dat uit a. 337 j° 399 B.-R. volgt, dat het beroep in cassatie tegen eene interlocutoire uitspraak kan worden ingesteld, zoo vóór als na het eindarr., en dat in verband daarmede de beteekening van het eindarr. mede moet worden gehouden voor den aanvang van den termijn van het beroep tegen het interlocutoir, wanneer dit is ingesteld tegelijk met dat tegen het eindarr. Chauveau, in zijne aanteekening op Carré *Question* 1616 (Belg. uitg. van 1849 III, 411 en vlgg.), a. 451 *Code de Procédure* dat met de a. 336 en 337 B.-R. overeenkomt, interpreteerende, komt tot hetzelfde resultaat als de H.-R., en beroept zich op drie in denzelfden zin gewezen arr[n] van het Hof van cassatie van 22 Mei 1822, 26 Juni 1826 en 15 Juni 1833, het eerste tekstueel medegedeeld bij Rogron op a. 451 Pr. En dat in Frankrijk nog zoo gejugeerd wordt kan den Raad blijken uit Dalloz, *Supplément* in voce *appel civil* n° 202.

„Eene m. i. alleszins afdoende verdediging van 's Raads jurisprudentie is te vinden in de conclusie van het O.-M. voorafgegaan aan het arr. van 7 Mei 1858, (v. d. Hon. *B.-R.* XXII, 238) en nu mogen niet allen zijn overtuigd van de juistheid van 's Raads opvatting, het is meer in het belang der rechtzoekenden op deze betwiste vraag van procedure de bestaande jurisprudentie te handhaven dan daarvoor eene andere in de plaats te stellen, die zeker voor eene spoedige afdoening der processen niet bevorderlijk zoude zijn, en bij den twijfel, waartoe de tekst der wet aanleiding geeft, ook wel niet voor goed een einde aan den strijd zou maken.

„Des verweerders exceptieve defensie acht ik dus onaannemelijk. Beter kan ik mij vereenigen met zijne bestrijding

van het voorgestelde *middel*, luidende dat *middel:* schending door verkeerde toepassing, en ook door niet-toepassing van de a. 1966, 1967, 1969, 1971, 1972, 1981, 1982 B.-W., in verband met de a. 48 en 50 B.-R., doordien het Hof (nadat de rechtb. ten onrechte aan den verweerder gelast had, den hem door de eischeresse opgelegden eed te zweren, — immers de verweerder had zich voor dien eed niet uitgelaten, en hem dus geweigerd), — met schending van het beginsel der lijdelijkheid, heeft overwogen, dat „de rechter de voortzetting van het geding had behooren „te gelasten, doch dit bezwaar in de instantie van het „hooger beroep was ondervangen, door de toen plaats „gehad hebbende uitdrukkelijke aanneming van den eed"; doordien het Hof verder de aflegging van dien eed alsnog heeft gelast, en, na die eedsaflegging, de vordering der eischeresse is afgewezen, terwijl die vordering had moeten zijn toegewezen, als hebbende verweerder, door zich niet uit te laten over den eed, dien eed geweigerd.

„De grief van de nu eischeresse tegen de uitspraak der rechtb. was bij het Hof, dat, vermits de geïntimeerde (de nu verweerder) zich in het geding ter eerste instantie niet over den hem opgedragen eed had uitgelaten, door dien wel niet uitdrukkelijk te weigeren, maar hem evenmin aan te nemen, noch ook terug te wijzen, de rechter *a quo* dien eed niet had mogen opleggen, omdat niet-aanneming van een opgedragen eed in hare rechtsgevolgen met weigering gelijk staat.

„Het Hof beslist, [1]) dat de geïntimeerde den hem opgedragen eed niet heeft geweigerd, maar [2]) dat, nu de geintimeerde zich daarover niet had uitgelaten, de rechtb.

---

[1]) 2e rechtsoverweging van het eindarr.

[2]) 7e en 8e rechtsoverweging van het eindarr.

de voortzetting van het geding had behooren te gelasten, ten einde partijen in de gelegenheid te stellen om zich nopens de aanneming, de weigering of de terugwijzing van den eed te verklaren, en, oordeelende dat dit bezwaar in de instantie van appel is ondervangen door den subsidiair gedane uitdrukkelijke aanneming, in wettelijken vorm, van den, door de appellante niet teruggenomen eed, en dus uit dien hoofde geene vernietiging van het vonnis behoeft plaats te vinden, bevestigt het Hof, bij het arr. van 19 Juni 1894, het vonnis *a quo* en verwijst het de zaak, ter verdere behandeling, naar de rechtb., die, nadat de eed was afgelegd, de vordering der eischeresse heeft afgewezen; welke uitspraak bij het eindarr. is bekrachtigd. Aanvulling van feiten of middelen, door partijen niet aangevoerd, heeft dus in deze niet plaats gehad, zoodat over schending of verkeerde toepassing van a. 48 B.-R. ten onrechte wordt geklaagd.

„Dat, indien het waar is, dat het zich niet-uitlaten over den eed, onder omstandigheden als in deze zaak, niet is eedsweigering, deze eed alsnog in appel aangenomen kon worden, wordt door de eischeresse niet tegengesproken, en het is dus slechts de vraag, of de nu verweerder, door, nadat hem de eed was opgedragen, zonder zich over de aanneming daarvan uit te laten, uitspraak op de stukken te vragen, zooals ook de nu eischeresse deed, geacht moet worden den hem opgedragen eed te weigeren. En dat is niet vol te houden. Want tot het zich niet uitlaten over de al of niet aanneming van een opgedragen eed, *wanneer men zich daarover uitlaten moet*, moge als eedsweigering zijn aan te merken, uit geene wetsbepaling volgt, dat reeds in den stand waarin zich dit geding bevond, toen door partijen uitspraak op de stukken werd gevraagd, met de onmiskenbare bedoeling om den rechter over de toelaat-

baarheid van den eed te laten beslissen, de eed door den nu verweerder had moeten zijn aangenomen, geweigerd of teruggewezen; en vermits ook *in facto* niet blijkt, dat de verweerder, door zich van de al of niet aanneming van den hem opgedragen eed niet uit te laten, heeft willen te kennen geven, dat hij dien eed niet wilde afleggen, zoo kan door de aangevallen uitspraak de wet niet zijn geschonden.

„Ik concludeer, dat de Raad het beroep, zooals het is ingesteld, ontvankelijk verklarende, dit zal verwerpen, met veroordeeling van de eischeresse in de kosten".

ARREST. -- De H.-R. der Ned. enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O. dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending door verkeerde toepassing, en ook door niet-toepassing, van de a. 1966, 1967, 1969, 1971, 1972, 1981 en 1982 B.-W., in verband met de a. 48 en 50 B.-R., doordien het Hof (nadat de Rechtbank ten onrechte aan den verw. gelast had den hem door eischeresse opgelegden eed te zweren, — immers de verw. had zich over dien eed niet uitgelaten en hem dus geweigerd, —) met schending van het beginsel der lijdelijkheid, heeft overwogen, „dat de rechter de voortzetting van het geding had behooren te gelasten, doch dit bezwaar in de instantie van het hooger beroep was ondervangen door de toen plaats gehad hebbende uitdrukkelijke aanneming van den eed", doordien het Hof verder de aflegging van dien eed alsnog heeft gelast, en, na die eedsaflegging de vordering van eischeresse is afgewezen, terwijl die vordering had moeten zijn toegewezen, als hebbende verw., door zich niet uit te laten over den eed, dien eed geweigerd;

„O. dat de voorziening in cassatie in de eerste plaats is gericht tegen 's Hofs eindarrest van 12 Febr. 1895, waarbij,

met bevestiging van het eindvonnis der Rechtb., in hooger beroep aan de oorspronkelijke eischeresse, nu eischeresse in cassatie, is ontzegd hare vordering tot betaling van *f* 800, die de oorspronkelijke ged., nu verw. in cassatie, aan haar zou schuldig zijn ter zake van eene tusschen partijen plaats gehad hebbende ruiling van eenige perceelen land, met dien verstande, dat de oorspronkelijke ged. gehouden zou zijn om aan de oorspronkelijke eischeresse ter vergoeding der overwaarde van het door haar afgestane land de gevorderde som uit te keeren;

„dat het beroep in cassatie voorts ook is gericht tegen 's Hofs interlocutoir arrest van 19 Juni 1894, waarbij is bevestigd het vonnis der Rechtb. van 9 Juni 1893, bij hetwelk aan den oorspronkelijk ged., nu verw., een eed was opgelegd, die hem door de oorspronkelijke eischeresse, ter beslissing van het geding, was opgedragen;

„O. dat de verw. de ontvankelijkheid van het beroep in cassatie tegen dit laatste arrest betwist heeft, omdat het het op 11 en 16 Juli 1894 aan den procureur van de eischeresse en aan haar zelve is beteekend, en daartegen dus den 19ⁿ Maart 1895 niet meer kan worden opgekomen;

„O. daaromtrent, dat wel bij a. 337 j°. a° 399 B.-R. is bepaald, dat beroep in cassatie tegen een interlocutoir vonnis of arrest kan worden ingesteld vóór de einduitspraak, doch dat hieruit niet volgt, dat het met de wet in strijd is om van eene interlocutoire uitspraak tegelijk met het eindvonnis of arrest in cassatie te komen;

„dat in zoodanig geval de termijn, bedoeld in art. 398 B.-R., ook voor het interlocutoir, moet gehouden worden te zijn aangevangen met de beteekening van de einduitspraak, zoodat, vermits 's Hofs eindarrest van 12 Febr. 1895 is beteekend op 12 Maart d. a. v., de eischeresse bij exploit van den 19ⁿ dierzelfde maand tegen beide arresten

waartegen de voorziening gericht is, in cassatie kon komen, en het voorgestelde *middel* van niet-ontvankelijkheid mitsdien is ongegrond;

„O. alsnu, met betrekking tot het *middel* van cassatie, dat bij het interlocutoir vonnis der rechtb. de door de oorspronkelijk eischeresse aan den oorspronkelijken ged. opgedragen beslissende eed aan dezen is opgelegd, niettegenstaande de ged. eene lijdelijke houding had aangenomen en zich over den hem opgedragen eed niet had uitgelaten, door dien wel niet uitdrukkelijk te weigeren, maar hem evenmin aan te nemen, noch ook terug te wijzen, welke houding door de rechtb. niet met eene weigering werd gelijkgesteld;

„O. dat het Hof in hooger beroep geoordeeld heeft dat de rechter alvorens den beslissenden eed ter uitvoering op te leggen, zich had behooren te vergewissen of de vereischte overeenstemming van beide partijen inderdaad bestond en *in judicio* aan het licht was gekomen; dat dus praematuur was beslist, en de rechtb. de voortzetting van het geding had behooren te gelasten, ten einde partijen in de gelegenheid te stellen om zich ten aanzien van de aanneming, de weigering of de terugwijzing van den eed te verklaren;

„dat het Hof intusschen heeft aangenomen dat dit bezwaar in de instantie van hooger beroep was ondervangen door de subsidair gedane uitdrukkelijke aanneming, in wettelijken vorm, van den door de app^{e}, nu eischeresse, niet teruggenomen eed, zoodat het vonnis der rechtb. niet uit dien hoofde behoefde te worden vernietigd;

„O. dat bij het *middel* hierin eene schending wordt gezien van het in art. 48 B.-R. neergelegd beginsel van de lijdelijkheid des rechters, — doch ten onrechte, omdat door 's Hofs beslissing geen nieuwe feiten of rechtsmiddelen in

het geding zijn gebracht, die door de partijen niet waren aangevoerd;

„O., dat ook geen der overige in het *middel* aangehaalde wetsa. zijn geschonden of verkeerd zijn toegepast;

„dat toch art. 50 B.-R. ten deze alle toepassing mist, omdat het handelt van het geval, dat hij, aan wien de eed bij vonnis is opgelegd en die tot het afleggen daarvan is opgeroepen, niet verschijnt, hetgeen zich in deze niet heeft voorgedaan;

„dat voorts te recht door het Hof is aangenomen, dat niet onder alle omstandigheden het stilzwijgen van hem, aan wien een beslissende eed is opgedragen, als weigering moet beschouwd worden om dien eed aan te nemen of terug te wijzen;

„dat dit bepaald in deze niet kon worden aangenomen, nu door beide partijen in eerste instantie recht op de stukken was gevraagd, ofschoon de ged. zich over den hem opgedragen eed niet had uitgelaten, en de rechter dus, in dien stand der zaak, niets anders te onderzoeken en te beslissen had, dan of in deze, naar aanleiding van de ten principale gevoerde verdediging, de opgedragen eed toelaatbaar en beslissend was; dat in elk geval de wet niet is geschonden, door te oordeelen dat nog moest blijken of de eed aangenomen, teruggewezen of geweigerd zou worden door de partij, aan wie hij was opgedragen;

„O. dat mitsdien het *middel* van cassatie is ongegrond;

„Verklaart de eischeresse ontvankelijk in het beroep in cassatie, zooals het door haar is ingesteld;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt de eischeresse in de kosten daarop gevallen."

N° 3483. — Arrest van 20 Juni 1895.

(A. 125, 237, 238, 239, 241 B.-W.)

Kan een verzoek tot het hooren van partij op vraagpunten nog worden gedaan, wanneer de zaak in handen is gesteld van een rechter ter beslissing? — NEEN

Is dit ook dan het geval, wanneer slechts eene interlocutoire uitspraak door partijen is gevraagd? — JA.

De Proc.-Gen. mr. POLIS heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De eischer is bij het vonnis, waartegen de voorziening is gericht, met vernietiging van het in tegenovergestelden zin gewezen vonnis van den ktnr in het 4e kanton Amsterdam, niet ontvankelijk verklaard *in zijn op 12* (de rechtb. bedoelde blijkbaar 10) *October 1894 aan de verweerderes, toen appellante, beteekend verzoek tot verhoor op vraagpunten*, „omdat op het tijdstip, waarop dit verzoek is ge„daan en beteekend, de zaak, tot het geven van vonnis, in „handen van den rechter was gesteld." Uit het beklaagde vonnis, waarbij de motieven *quoad facta* van het vonnis *a quo* niet zijn overgenomen, blijkt niet, en zou toch, wegens het bepaalde bij a. 409 B.-R. moeten blijken, indien de eischer zich daarop in cassatie zou kunnen beroepen, dat nadat de ktnr uitspraak had gedaan, door den eischer toe te laten tot bewijs door getuigen van de door hem gestelde feiten, en de zaak opnieuw in behandeling was, de eischer mondeling heeft verzocht, dat de toen gedaagde, nu verweerderes, op vraagpunten zou worden gehoord, terwijl overigens ook omtrent de al of niet ontvankelijkheid van een zoodanig verzoek niets bij het beklaagde vonnis is beslist. Hier is het dus slechts de vraag, of de eischer terecht niet-ontvankelijk is verklaard in zijn *bij verzoekschrift* gedaan en aan de verweerderes beteekend verzoek tot verhoor op vraagpunten, en het arr. van 9 Mei 1862

(v. d. H., *B.-R.* XXVI, 414), waarbij werd geoordeeld, dat het verhoor op vraagpunten bij den ktnr *mondeling* kan worden gedaan, is dus voor deze zaak zonder belang.

„Wanneer een verhoor op vraagpunten bij request gevraagd wordt, dan is het, dunkt mij, niet twijfelachtig, dat de dag van inlevering van het request, overeenkomstig a. 237 B.-R., en niet de dag waarop de partij in hare gehoudenheid om op de vraagpunten te antwoorden wordt gehoord, is de dag waarop het verzoek tot verhoor geacht moet worden te worden gedaan. En is dat zoo, dan is het verzoek in deze, als gedaan toen het volgens a. 237 B.-R. niet kon gedaan worden, terecht niet ontvankelijk verklaard. Want wel kan het verzoek tot verhoor op vraagpunten volgens a. 237 B.-R. in elken stand van het geding gedaan worden, maar het geding, de rechtsstrijd, is gesloten wanneer de zaak in handen is gesteld van den rechter om uitspraak te doen; dan is het woord niet aan partijen, en vorderingen of verzoeken dan door de eene partij tegen de andere gedaan, waarop deze laatste niet verplicht is in te gaan, kunnen door den Rechter niet worden toegewezen. En dat geldt ook, zooals de rechtb. terecht opmerkt, wanneer slechts (en zoo was het *in casu*) eene interlocutoire uitspraak door partijen is gevraagd, omdat, al moge in zoodanig geval later kunnen blijken, dat de sluiting der instructie, van den rechtsstrijd, slechts tijdelijk is geweest, en na de interlocutoire uitspraak moet worden heropend, desniettemin van het oogenblik af dat de rechter een dag voor de uitspraak van het vonnis heeft bepaald, tot op het tijdstip waarop het vonnis zal zijn uitgesproken, de zaak aan de behandeling van partijen is onttrokken.

„Ik acht dus het *middel* ongegrond, en concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O. dat als *middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 125, 237, 238, 239 en 241 B.-R.;

„O. daaromtrent, dat, blijkens het bestreden vonnis, feitelijk vaststaat, dat de eischer op 10 Oct. 1894 aan de verweerderesse heeft beteekend een verzoek tot verhoor op vraagpunten met oproeping ter terechtzitting van 12 Oct., op een tijdstip dat de zaak tot het geven van vonnis in handen van den ktnr was gesteld;

„O. dat bij het bestreden vonnis terecht wordt overwogen, dat aan het woord „geding" in a. 237 B.-R. de beteekenis behoort te worden toegekend van dat tijdperk van het proces, waarin de partijen ter adstructie van hunne beweringen voor den rechter handelend optreden en het geding voeren; dat hieruit volgt, dat alleen gedurende de instructie van een proces verzoek tot het hooren van partijen op vraagpunten kan worden gedaan; dat dat tijdperk is gesloten, wanneer de zaak in handen is gesteld van den rechter ter beslissing, en dat zulks ook dan het geval is, wanneer (zooals in deze) slechts eene interlocutoire uitspraak door partijen is gevraagd:

„O. dat alzoo het aangevoerde cassatie*middel* is ongegrond;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer in de kosten."

No 3484. — Arrest van 20 Juni 1895.

(A. 38, n°. 1 R. O, a. 156 B.-R.)

Is, waar door twee eischers de veroordeeling word gevorderd van den gedaagde tot betaling aan ieder hunner van een bedrag van f 110.37[5], *tot voldoening van een*

gesloten koop. de ktnr. krachtens a. 38, *no.* 1, *R.-O.*, *bevoegd tot kennisneming?* — JA.

Wordt hierin verandering gebracht door de omstandigheid, dat de twee vorderingen zijn ontleend aan éène oorzaak? — NEEN.

De Proc.-G Mr. POLIS heeft deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Wenn Einer an Zwei vor ihm auftretende Personen Hundert zu zahlen verspricht, so ist es gerade so zu behandeln wie wenn er jeden derselben Fünfzig versprochen hätte." Zoo VON SAVIGNY *Obligationen-Recht* I pag. 137. En zoo hebben ook de verweerders begrepen, die, bewerende dat de eischer hun nog *f* 220.75 moest betalen, als restant van den koopprijs van een door hen aan den eischer verkochten velocipède, bij den ktnr gevorderd hebben veroordeeling van den eischer tot voldoening aan elk hunner van *f* 110.37[5]. De ktnr was echter van oordeel, dat het juridiek op hetzelfde nêerkomt of de beide eischers vragen veroordeeling van den gedaagde om aan hen te betalen *f* 220.75, dan wel veroordeeling van den gedaagde om aan ieder van hen te betalen de helft van die som of *f* 110.37[5]; en aannemende, dat dus éène vordering van *f* 220.75 aan zijne kennisneming was onderworpen, heeft de ktnr zich onbevoegd verklaard om van deze zaak kennis te nemen.

„Die uitspraak is door de rechtb. bij het beklaagde vonnis vernietigd en de ktnr is daarbij competent verklaard, waardoor de eischer acht geschonden of verkeerd toegepast te zijn de a. 38 R.-O. en 156 B.-R.

„De rechtb. maakt uit, dat hier twee vorderingen, ieder van *f* 110.37[5], waren ingesteld. Die beslissing is feitelijk, want zij is eene interpretatie van de dagvaarding; en al ware dus zoo juist, als onjuist is, het bij pleidooi gevoerde beweren, dat de verweerders aan de door hen met den

eischer gesloten overeenkomst geene twee vorderingen als de rechtb. aanneemt dat hier zijn gedaan, konden ontleenen, of, al kon worden aangenomen, dat niet twee, uit dezelfde overeenkomst, voortspruitende en dezelfde strekking hebbende vorderingen van twee personen bij ééne dagvaarding kunnen worden aanhangig gemaakt, het zou in deze niets afdoen, vermits daaruit wel zou volgen de niet-ontvankelijkheid der ingestelde vorderingen, maar niet de onbevoegdheid van den ktnr om daarover te jugeeren.

„Bij a. 38 pr° en n° 1 R.-O. is de bevoegdheid van den kntr om kennis te nemen van louter persoonlijke vorderingen afhankelijk gesteld van het bedrag dier vorderingen, niet van het belang dat de gedaagde bij het geding kan hebben, en ook niet van het onderzoek dat de rechter zal moeten instellen om over de aan zijne kennisneming onderworpen vorderingen te kunnen beslissen; en vermits ook in a. 38 R.-O. en 156 B.-R niet te vinden is, ja in onze wet niet bestaat, een voorschrift medebrengende, dat, waar meerdere personen bij ééne dagvaarding, zooals *in casu*, ageeren, het gezamenlijk bedrag der door hen ingestelde vorderingen de competentie van den rechter bepaalt, zoo is het voorgestelde middel ongegrond.

„Het arr. van 20 Oct. 1892, door de verweerders ingeroepen, is ook te vinden in de *Ned. Rechtspr.* CLXII 61; (v. d. Hon., *Str.* 1892, 375).

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. Ned. enz.

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O. dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 38 R.-O. en van a. 156 B.-R., doordien bij het beklaagde vonnis, door de rechtb. te Amsterdam ten onrechte is beslist, dat de ktnr bevoegd

is kennis te nemen van eene vordering, door twee eischers tegen denzelfden ged. ingesteld, strekkende tot betaling aan ieder hunner van een bedrag van *f* 110.37[5] en alzoo tot betaling, wegens dezelfde oorzaak, aan hen te samen eener som van meer dan *f* 200;

„O. dienaangaande, dat bij het beklaagde vonnis in hooger beroep, houdende vernietiging der uitspraak, bij welke de ktnr zich had verklaard onbevoegd tot kennisneming van deze zaak, ten aanzien van den inhoud der inleidende dagvaarding en dus feitelijk is beslist, dat daarbij door twee eischers wordt gevorderd de veroordeeling van den ged., tot betaling aan ieder hunner van een bedrag van *f* 110.37[5], en dat, wel verre dat aanleiding zou bestaan om aan te nemen, dat de eischers (nu verweerders in cassatie) ééne vordering van boven de *f* 200 splitsen om des ktnrs bevoegdheid te vestigen, integendeel deze laatste, in strijd met de dagvaarding, twee vorderingen, elke beneden de *f* 200, heeft vereenigd tot ééne, het beloop van *f* 200 te boven gaande;

„O., dat waar dit vaststaat en bovendien, dat de gevorderde betaling strekt tot voldoening van eenen, door de beide nu verweerders met den eischer in cassatie gesloten koop, de rechtb. eene juiste toepassing aan a. 38, no. 1, R.-O. heeft gegeven door het vonnis des ktnrs te vernietigen, op grond, dat diens bevoegdheid, in zaken als deze, alleen wordt bepaald door het bedrag van het bij dagvaarding gevorderde;

„O., dat hierin geene verandering wordt gebracht door de, almede vaststaande omstandigheid, dat de twee vorderingen ontleend zijn aan ééne oorzaak, dewijl die eenheid van oorzaak niet medebrengt, dat, zooals bij het *middel* beweerd wordt, aan de nu verweerders te samen, in den zin van niet aan elk van hen voor de helft, de meer dan *f* 200 bedragende koopsom zou zijn verschuldigd;

„O. dat, daar a. 156 B.-R. hier niet kan zijn geschonden, tenzij a. 38, no. 1. R.-O. geschonden is, het *middel* van cassatie is ongegrond;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer in de kosten."

N⁰ 3485 — Arrest van 20 Juni 1895.

(A. 1304—1308, a. 1289—1303 B.-W.)

Mag de bekentenis van den gedaagde, dat tusschen partijen eene overeenkomst is aangegaan, worden gesplitst van de daarbij gevoegde bewering, dat dit is geschied onder eene opschortende voorwaarde? — NEEN.

Namens den Proc.-Gen. heeft de Adv.-gen. PATIJN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De nu eischers in cassatie dagvaardden den nu verw. tot betaling van eene som van *f* 114.66, zijnde de koopprijs, zooals zij stelden, van een door den ged. gekochte kist succade.

„De gedaagde antwoordde hierop, dat hij wel erkende de kist met succade gekocht te hebben, doch onder de voorwaarde dat de levering zou plaats hebben op of in Januari 1893, en dat hij, vermits de levering eerst op 15 Mei daaraanvolgende had plaats gehad, niet verplicht was te betalen.

„Bij het vonnis van de arr.-rechtb. te Winschoten, rechtdoende in hooger beroep, waartegen dit beroep is gericht, besliste deze, dat *in casu* was aangegaan eene verbindtenis onder eene voorwaarde, om na Jan. 1893 door 't ontbreken daarvan was vervallen, en dat mitsdien de eisch, als onbewezen, moest worden ontzegd.

„De hiertegen aangevoerde cassatie-*middelen* luiden: I, schending der a. 1304—1308 B.-W. en verkeerde toe-

passing der a. 1289 tot en met 1303 B.-W., omdat, waar volgens de zuiver juridieke beslissing der rechtb., ingesteld geworden is eene actie, gegrond op eene verbindtenis onder opschortende voorwaarde, in stede van op eene verbindtenis onder tijdsbepaling, zij den aard en het karakter der aangegane overeenkomst en der ingestelde vordering heeft miskend; en II, schending en verkeerde toepassing van a. 1961, in verband met de a. 1902 en 1903 B.-W., omdat de rechtb. de tijdsbepaling der levering van den erkenden koop en verkoop heeft aangenomen als *adjectum* en ontplitsbaar *aveu*, waardoor de overigens erkende vordering als onbewezen is ontzegd geworden.

„Ik moet nog vermelden, dat door de rechtb. vóór het eindvonnis een interlocutoir vonnis werd gewezen, waarbij den eischers de openlegging hunner boeken werd bevolen, — waartegen men zegt mede in cassatie te komen, — maar de grieven, in de *middelen* neergelegd, betreffen m. i. dan toch uitsluitend het eindvonnis.

„Het tweede daarvan kan m. i. zeer zeker niet opgaan. De rechtb. nam de bekentenis van den ged., dat hij wel had gekocht, maar onder de voorwaarde van levering in Januari, als onsplitsbaar aan. Wilde nu de eischer, op wien de bewijslast rustte van de door hem ingestelde vordering, zich op die bekentenis beroepen, dan moest hij die in haar geheel aannemen. Die beslissing is geheel in overeenstemming met de jurisprudentie van dezen Raad (zie o. m. het arr. van 14 April 1892, *Ned. Rechtspr.* CLX, 64 v. d. Hon., *B.-R.* LVIII,. 188.)

„En wat het *eerste middel* betreft, zoo komt het mij voor, dat het, moeten wij het vonnis verstaan in den zin, dien de eischer in cassatie er aan hecht, zou afstuiten op de feitelijke beslissing, door de rechtb. gegeven, maar begrijp ik de overw^{n} wel, dan lees ik daarin veeleer, dat

de rechtb. zegt: indien de overeenkomst tusschen partijen is aangegaan, zooals die, volgens de onsplitsbare bekentenis van den ged., wordt erkend, den zou *in casu* eene voorwaardelijke verbindtenis bestaan, die door de niet-vervulling der voorwaarde is vervallen, maar de grondslag der vordering was, volgens den eischer, eene andere, die is, zooals die gesteld is, door den ged. ontkend, en eischer heeft die vordering niet, ook niet door de openlegging van zijn boeken, bewezen, weshalve hem die vordering moet worden ontzegd.

„Gesteld dus al, dat de rechtb. ten onrechte de verbindtenis, zooals die door ged. gesteld was, had gequalificeerd als eene onder opschortende voorwaarde, *dan* nog zouden de in het *middel* genoemde a. niet zijn geschonden of verkeerd toegepast, omdat de ontzegging der vordering alleen het gevolg is van de juiste beslissing, dat het bewijs daarvoor, waarvan de last rustte op den eischer, niet is geleverd.

„Bovendien komt mij de stelling, dat *in casu* de door ged. erkende overeenkomst eene verbintenis met tijdsbepaling zou daarstellen, onjuist voor. Bestaat zooals we o.m. lezen in de *Handleiding* van Asser en v. Heusde (III, 50) het verschil tusschen die verbindtenissen en die onder opschortende voorwaarde juist daarin, dat, hoewel bij beide de rechtb. reeds terstond aanwezig is, bij eerstgenoemde de onzekerheid omtrent de schuldplichtigheid, die de laatste aankleeft, niet bestaat, dan is het duidelijk, dat eene overeenkomst van koop en verkoop, gesloten onder de *voorwaarde* van levering binnen zekeren tijd, onder de voorwaardelijke moet gerangschikt worden, want ze is afhankelijk van de, op het oogenblik van het aangaan der verbindtenis nog onzekere omstandigheid, of de levering binnen dien tijd zal plaats hebben.

„De *middelen* mij ongegrond voorkomende, zoo concludeer ik tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

„Gehoord den verweerder in zijne conclusie; — Gezien de stukken;

„O., dat als *middelen* van cassatie zijn voorgesteld;

„1° schending van de a. 1304 tot 1308 B.-W. en verkeerde toepassing van de a. 1289 tot en met 1303 B.-W., omdat, waar, volgens de zuiver juridieke beslissing der rechtb., ingesteld geworden is eene actie, gegrond op eene verbindtenis onder opschortende voorwaarde, in stede van op eene verbindtenis onder tijdsbepaling; zij den aard en het karakter der aangegane overeenkomst en der ingestelde vordering heeft miskend;

„2° schending en verkeerde toepassing van a. 1961, in verband met de a. 1902 en 1903 B.-W., omdat de rechtb. de tijdsbepaling der levering aan den erkenden koop en verkoop heeft aangemerkt als *adjectum* en onsplitsbaar *aveu*, waardoor de overigens erkende vordering, als geheel onbewezen is ontzegd geworden;

„O. daaromtrent, dat feitelijk vaststaat dat de nu eischers, bij exploit van 23 Sept. 1893, voor den ktnr. te Winschoten van den nu verw. betaling gevorderd hebben van eene, door hen aan den verw. op 20 Sept. 1892 verkochte kist succade, waarbij, volgens de eischers, was bepaald, dat de levering zou plaats hebben in de maanden van Januari tot en met Mei daaraanvolgende, en de betaling zou moeten geschieden drie maanden na de levering;

„dat voorts de levering heeft plaats gehad in de maand Mei 1893, doch dat de verw. heeft geweigerd het verkochte in ontvangst te nemen, op grond, dat de koop gesloten zou zijn onder voorwaarde, dat de levering zou geschieden op of in Januari 1893;

„O. dat, nadat de ktnr. die vordering had toegewezen, de rechtb. in hooger beroep heeft geoordeeld, dat hetgeen de verw., toen app[t], tot zijne verdediging had aangevoerd omtrent den tijd der levering, geene andere uitlegging gedoogde, dan dat tusschen partijen eene overeenkomst was aangegaan onder eene opschortende voorwaarde, en niet eene overeenkomst met eene tijdsbepaling;

„dat dit oordeel alleen betreft de verbindtenis, zooals die door den oorspronkelijk ged[e], nu verw. in cassatie, was erkend, maar niet de verbindtenis, waarop de vordering was gegrond;

„dat dus bij het eerste *middel* van cassatie ten onrechte wordt beweerd, dat de rechtb. zou hebben beslist, dat ten deze was ingesteld eene actie, gegrond op eene verbindtenis onder eene opschortende voorwaarde, en het *middel* dus zijn feitelijken grondslag mist;

„O., dat dit evenzeer het geval is met het tweede *middel*, omdat de rechtb. niet aanneemt, dat de verbindtenis, zooals die door den verweerder was erkend, was eene verbindtenis met tijdsbepaling, maar eene verbindtenis onder een opschortende voorwaarde;

„dat overigens terecht door de rechtb. is geoordeeld, dat die bekentenis van den verw. niet anders dan in haar geheel mocht worden aangenomen, waaruit de rechter afleidt, dat de tusschen partijen aangegane verbintenis na Jan. 1893, door het ontbreken der voorwaarde, was vervallen;

„dat hierdoor geen der in het *middel* aangehaalde wetsa. zijn geschonden of verkeerd toegepast, zoodat de rechtb., oordeelende dat de grondslag der vordering was betwist en onbewezen, den ingestelden eisch te recht heeft ontzegd;

„O. dat derhalve ook het *tweede middel* is ongegrond;

„Verwerpt het beroep in cassatie en veroordeelt de eischers in de kosten daarop gevallen."

N° 3486. — **Arrest van 20 Juni 1895.**

(A. 1302 v. j° a° 1961 B.-W.)

Kan eene overeenkomst gezegd worden tusschen partijen vast te staan, waar de eene heeft beweerd, dat zij zuiver, en de andere, dat zij onder voorwaarde is aangegaan? — NEEN.

Kan in dat geval van de ontbinding der overeenkomst geen sprake zijn? — NEEN.

Namens den Proc.-Gen. heeft de Adv.-gen. PATIJN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Tot recht verstand van het in deze voorgedragen *cassatie-middel*, dien ik kortelijk bij de feiten stil te staan.

„De oorspronkelijke eischer, nu verweerder in cassatie, dagvaardde den nu eischer in cassatie voor het ktngt te Beetsterzwaag tot betaling van *f* 120.—, zijnde de restantkoopsom van *f* 145.— voor eene partij hooi (een grooten en een kleinen hoop, zittende te Langezwaag); de gedaagde ontkende de overeenkomst, zooals die door eischer was gesteld, maar erkende, dat hij van den eischer het bewuste hooi had gekocht, onder voorwaarde, dat hij daarvoor, als het hooi goed beviel, *f* 145.—, en zoo het minder beviel, *f* 125.— zou betalen, zijnde bij voorschot *f* 25 op den koop betaald; dat eischer echter de levering van het hooi heeft geweigerd, alvorens de geheele koopsom was betaald, weshalve hij, gedaagde in conventie, den reconventioneelen eisch tot ontbinding der koopovereenkomst, met schadevergoeding, instelde.

„De ktnr beslistte, dat de gedaagde in reconventie aan zijne verplichting om het verkochte te leveren niet heb-

bende voldaan, niettegenstaande reeds een gedeelte van den koopprijs was betaald, zijnerzijds de overeenkomst niet was nagekomen, en wees de reconventioneele vordering toe, met ontzegging van de oorspronkelijke, door den eischer in conventie ingestelde vordering.

„Bij vonnis van de arr.-rechtb. te Heerenveen, rechtdoende in hooger beroep, werd dit vonnis vernietigd, de reconventioneele vordering ontzegd en de eischer in conventie toegelaten tot het bewijs van de door hem gestelde feiten, voornamelijk op grond van de overweging, dat van eene niet-nakoming door den reconventioneelen gedaagde, gesteld dat de bij dagvaarding geposeerde overeenkomst als vaststaande mocht worden aangenomen, geen sprake kan zijn, omdat hij, ingevolge de bepaling van a. 1514 B.-W. niet tot levering gehouden was vóórdat de gedaagde den koopprijs had betaald, hetgeen *in casu* niet geschied is.

„Hiertegen nu is gericht het *middel* van cassatie, luidende: „schending en verkeerde toepassing van de a. 1302, 1303, 1493, 1510, 1514, 1516, 1550, 1961 en 1962 B.-W., doordat bij het vonnis *a qno* met vernietiging van het vonnis door den kntr te Beetsterzwaag 24 Maart 1894 tusschen partijen gewezen, de reconventioneele eisch tot ontbinding der tusschen hen aangegane overeenkomst van koop en verkoop is ontzegd en de, tot betaling van den restant-koopprijs ageerenden verw. in cassatie tot bewijs zijner *posita* is toegelaten, alles niettegenstaande zijne bekentenis, dat hij de levering van het verkochte heeft geweigerd, zoolang de koopprijs niet ten volle betaald was, terwijl voorts bij het vonnis *a quo* ten onrechte is aangenomen, dat bij voormeld vonnis van den kntr in strijd zou zijn gehandeld met a. 1961 B.-W.

„Over het tweede gedeelte van het *middel* heb ik slechts

weinig te zeggen. Het is mij namelijk niet duidelijk hoe de eischer in cassatie zich over de daarin aangevochten beslissing van de rechtb. kan beklagen. De rechtb. zegt, dat de kntr ten onrechte, als tusschen partijen vaststaande had aangenomen de door den eischer in conventie geposeerde overeenkomst van verkoop, — en zulks zeer zeker terecht, want de gedaagde had, onder protest van splitsing zijner bekentenis, wel de koop-overeenkomst van het hooi erkend, maar onder bijvoeging, dat die onder eene andere voorwaarde dan door den eischer gesteld, was gesloten; zoodoende had de kntr, zoo zegt het vonnis, gehandeld in strijd met a. 1961 B.-W. en zou diens vonnis ook op dien grond moeten worden vernietigd. Niet den gedaagde, maar den eischer werd daarna het bewijs zijner *posita* opgelegd. Door die beslissing, alleen betrekking hebbende op den eisch in conventie, kan de nu eischer in cassatie nimmer zijn gelaedeerd.

„En nu het eerste gedeelte van het *middel*, dat betrekking heeft op den eisch in reconventie: deze is duidelijk gebaseerd op de a. 1302 en 1303 B.-W. Men stelt, dat de verkooper niet heeft voldaan aan de op hem rustende verplichting tot levering, en vordert op dien grond de ontbinding der overeenkomst, met schadevergoeding, — en nu is m. i. niet zoo zeer de vraag of de betaling de levering dan wel de levering de betaling moet voorafgaan, — maar deze: of de vordering tot ontbinding der overeenkomst van koop en verkoop kan worden toegewezen, wanneer de weigering om te leveren alleen het gevolg is van de niet-betaling door den kooper?

„Moeten, zooals door den geachten pleiter voor den eischer is betoogd, levering en betaling *gelijktijdig* plaats hebben, dan is de kooper ook niet gerechtigd de ontbinding der overeenkomst te vorderen, wanneer niet vaststaat,

dat door hem de betaling is aangeboden en, in het systeem van den eischer in reconventie, kon er nog niet van betaling sprake zijn, omdat, volgens hem, de prijs afhankelijk was van de qualiteit van het gekocht hooi.

„Wanneer nu het vonnis met een beroep op a. 1514 B.-W. beslist, dat er van een niet-nakomen van de verbindtenis geen sprake kan zijn, omdat de verkooper niet tot levering gehouden is *vóórdat* de koopprijs was betaald, daar beslist de rechtb. alleen, dat de levering niet aan de betaling behoeft *vooraf te gaan*, en dat eene enkele weigering om te leveren, *omdat* de kooper niet betaalt, geen grond oplevert tot ontbinding der overeenkomst.

„Is nu door deze beslissing één van de in het *middel* genoemde a. geschonden? Ik kan het niet inzien. Zeer zeker niet a. 1514 B.-W.. bepalende, dat de verkooper *niet* verplicht is het goed te leveren, indien de kooper den koopprijs niet betaalt. Zelfs al wil men in die bepaling niet zien eene begunstiging van den verkooper boven den kooper, zooals Diephuis (XI, 224) leert, -- of het scheppen van een retentie-recht, zooals anderen meenen, zelfs al maakt men het a. los van de bepaling in het Rom. Recht (l. 13 Dig. § 8 de acts. empt. et vend, 19.1), waar gezegd wordt: „venditor enim, quasi pignus, retinere potest eam rem quam vendidit", — dan nog kan nimmer met recht uit dit a. worden afgeleid, dat niet-levering, op grond van niet-betaling, zou zijn niet-nakoming van de gesloten koopovereenkomst.

„Over de vraag of men om ontvankelijk te zijn in het instellen eener vordering tot ontbinding eener wederkeerige overeenkomst, zijnerzijds aan zijn verplichtingen moet hebben voldaan, bestaat — ik zal het aan dezen Raad niet behoeven te herinneren, -- heel wat verschil van gevoelen, maar ik meen, dat thans de jurisprudentie ten onzent, in af-

wijking van hetgeen het Rom. Recht te dien aanzien bepaalde, die vraag in ontkennenden zin beantwoordt, maar die vraag geldt, zooals wij m. i. terecht lezen in de *Handleiding* van Mrs. Asser en Van Heusde (III, 173) „alleen „voor de gevallen, waarin noch door de wet, noch door over„eenkomst van partijen, iets omtrent de gelijktijdigheid of „de opeenvolgende orde der beide praestatiën iets is be„paald of wordt verondersteld, gelijk b. v. het geval is „bij a. 1514, 1550 B.-W., betreffende koop en verkoop."

„ „Hier huldigt de wet", zooals wij blz. 311 lezen, „in stellige bewoordingen, de oud-Romeinsche leer", en, waar nu pleiter voor den eischer zich op die schrijvers beroept, ten betooge dat uit het beginsel van volkomen wederkeerigheid in het koopcontract volgt, dat men a. 1514 ook in omgekeerden zin mag toepassen, als stond er: De kooper is niet verplicht te betalen, indien de verkooper de verkochte zaak niet levert, — dan zal dezelfde redeneering er wel toe moeten leiden aan te nemen, dat men niet-ontvankelijk is in een vordering tot ontbinding van de overeenkomst, indien men niet zelf aan zijn verplichting heeft voldaan of de voldoening heeft aangeboden.

„Ook over de vraag, of men eene actie tot ontbinding kan instellen, zonder dat men zijnerzijds aan de verplichting tot levering heeft voldaan, zijn de gevoelens zeer verdeeld. (Men zie de jurisprudentie bij Léon op de a. 1302, 1514 en 1549 B.-W.), maar mij komt het voor, dat, wil a. 1514 eenigen zin hebben, daaruit volgt, dat nietlevering op grond van niet-betaling, m. i. niet anders dan als eene bedekte bereidverklaring tot levering bij betaling, — niet kan gezegd worden te zijn eene niet-nakoming eener overeenkomst, die aan den kooper het recht zou geven de ontbinding daarvan te vorderen.

„Alleen die beslissing lees ik in het vonnis, waartegen

dit beroep gericht is, en aangezien deze, zooals het mij voorkomt, niet in strijd is met de in het *cassatie-middel* genoemde a., zoo heb ik de eer te concludeeren tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

Partijen gehoord; Gezien de stukken;

„O. dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1302, 1303, 1493, 1510, 1514, 1516, 1550, 1961 en 1962 B.-W., doordat bij het vonnis *a quo*, met vernietiging van het vonnis door den ktnr te Beetsterzwaag den 24n Maart 1894 tusschen partijen gewezen, de reconventioneele eisch tot ontbinding der tusschen hen aangegane overeenkomst van koop en verkoop is ontzegd, en de, tot betaling van den restant koopprijs ageerende verweerder in cassatie tot bewijs zijner *posita* is toegelaten, alles niettegenstaande zijne bekentenis, dat hij de levering van het verkochte heeft geweigerd, zoolang de koopprijs niet ten volle betaald was, terwijl voorts bij het vonnis *a quo* ten onrechte is aangenomen, dat bij voormeld vonnis van den ktnr te Beetsterzwaag in strijd zou zijn gehandeld met a. 1961 B.-W.;

„O. hieromtrent, dat de oorspronkelijke eischer, thans verweerder in cassatie, bij dagvaarding voor den ktnr heeft geposeerd eene zuivere overeenkomst van koop en verkoop van hooi en, met aanbod van bewijs van zijne posita, de resteerende koopsom heeft gevorderd;

„dat de oorspronkelijke ged., thans eischer in cassatie, met verzet tegen de splitsing zijner bekentenis, den koop en verkoop heeft erkend, onder bijvoeging dat die is aangegaan op de proef, zoodat hij, indien het hooi minder goed beviel, *f* 25 minder zou betalen; dat hij op dien grond den eisch heeft bestreden, en reconventioneel heeft

gevorderd ontbinding van de overeenkomst, op grond van wanpraestatie, omdat de oorspronkelijke eischer hem de levering van het hooi had geweigerd, zonder voorafgaande betaling;

„dat de ktnr daarop de conventioneele vordering heeft ontzegd en de reconventioneele toegewezen; en dat de oorspronkelijke eischer, thans verweerder in cassatie, van dat vonnis is gekomen in hooger beroep;

„O. dat daaromtrent bij het bestreden vonnis der arr.-rechtb. terecht is overwogen, dat de overeenkomst vooralsnog niet tusschen partijen vaststaat, daar toch de app. en eischer heeft gesteld, dat zij zuiver, en de ged., dat zij onder voorwaarde is aangegaan; dat mitsdien de ktnr., door de overeenkomst als vaststaande aan te nemen en haar als zoodanig te ontbinden, in strijd heeft gehandeld met a. 1961 B.-W., en dat de rechtb. op dezen grond het vonnis van den ktnr heeft vernietigd en den oorspronkelijken eischer heeft toegelaten tot het door hem aangeboden bewijs van de gronden zijner vordering;

„O., dat deze beslissing is juist, en dat hierbij de a. 1961 en 1962 B.-W. niet door de rechtb. zijn geschonden, maar terecht is beslist, dat de ktnr in strijd met a. 1961 had gehandeld, omdat deze, mede op grond van de bekentenis, ofschoon onsplitsbaar, van den oorspronkelijken ged., de overeenkomst als vaststaande had aangenomen;

„O. dat op deze juiste beslissing der rechtbank het beroep in cassatie, al zoude het vonnis des kntr ten onrechte tevens op andere gronden zijn vernietigd, moet afstuiten;

„O. dat toch wel bij het bestreden vonnis mede is overwogen, dat, — aangenomen, dat de overeenkomst terecht als vaststaande door den ktnr ware aangenomen, — er van wanpraestatie aan de zijde van den oorspronkelijken eischer

geen sprake was, omdat deze, ingevolge de bepaling van a. 1514 B.-W. niet verplicht was tot levering vóór dat de koopprijs was betaald, en deze overweging in cassatie is bestreden met de bewering, dat niet eene voorafgaande, maar eene gelijktijdige betaling wordt vereischt, — van hoedanige gelijktijdige betaling of aanbod van betaling trouwens niets is gebleken, — doch dat deze bewering, al ware ze juist, niet tot cassatie zou kunnen leiden, omdat op den even vermelden grond het vonnis des ktnrs terecht is vernietigd, en de oorspronkelijke eischer, verweerder in cassatie, mede terecht, op grond van a. 1902 B.-W., tot het door hem aangeboden bewijs van de gronden zijner vordering is toegelaten;

„Verwerpt het beroep in cassatie;

„Veroordeelt den eischer in de kosten in cassatie gevallen."

No 3487 — Beschikking in raadkamer van 28 Juni 1895.

(A. 493, 494 B.-W.)

Is de rechter, wanneer hij, — wiens curateele is verzocht, ofschoon behoorlijk opgeroepen, — voor de rechtb. niet is verschenen en dus ook niet gehoord, bevoegd op het verhoor der bloed- en aanverwanten de curateele te verleenen, ook zonder nadere bewijslevering? — JA.

Kan de rechter, ook bij ontkenning door den curandus van de door den verzoeker tot curateele gestelde feiten, zonder getuigenverhoor de curateele gelasten? — JA.

Geldt dit evenzeer in hooger beroep als in eersten aanleg? — JA.

Kan de omstandigheid dat de ondervraging van den curandus bij a. 493 B-. W. voorgeschreven niet heeft plaats gehad, leiden tot vernietiging ambtshalve *van de uitspraak waarbij de curateele is verleend?* — NEEN.

Request. *Aan den Hoogen Raad der Nederlanden.*

„Geeft eerbiedig te kennen:

„C. J. M. B., wonende te Breukelen, doch in deze domicilie kiezende te 's Gravenhage aan de Willemstraat no. 63 ten kantore van Mr. J. LIMBURG, advocaat bij den H.-R. der Nederlanden;

„dat hij bij vonnis der arr.-rechtb. te Utrecht dd. 8 Aug. 1894 wegens *verkwisting* onder curateele is gesteld, welk vonnis is bevestigd bij arr. van het Gerechtshof te Amsterdam 22 Maart 1895;

„dat hij van dit arrest komt in cassatie, en als *middel* van cassatie daartegen aanvoert:

„Schending en verkeerde toepassing van de artt. 491, 492, 493, 494, 496, 497, in verband met de artt. 1902 en 1903 B.-W. en met de artt. 69 R.-O., 332, 343, 348, 349, 353 B.-R.;

„dat de rechtb. immers, na de bloedverwanten overeenkomstig art. 492 B.-W. te hebben gehoord omtrent de wenschelijkheid van curateele, den req. (*curandus*) heeft opgeroepen, en, toen deze niet verscheen, de curateele uitsprak;

„dat art. 494 B.-W. veronderstelt, dat de rechtb. pas voldoende kan zijn ingelicht *„na verhoor van degene, wiens curateele is verzocht"* en dit verhoor derhalve een *essentieel* bestanddeel is van de procedure tot curateele (DIEPHUIS, *Het Nederlandsch Burgelijk Recht*, Dl. V, blz. 547—548);

„dat nu, wel is waar, de wet niet bedoeld kan hebben, dat een *curandus* door enkel na zijn oproeping weg te blijven, zijn onder-curateele-stelling zou kunnen verijdelen, doch het systeem der wet evenmin kan zijn, dat een eenvoudig verhoor van bloedverwanten tot het uitspreken der curateele zou kunnen leiden, waar dit verhoor slechts is eene *inleiding* tot het curateele-proces (Mr. BROUWER, *Nieuwe Bijdragen* van 1854, blz. 44 –47);

„dat het stelsel der wet veeleer is:. mogelijkheid van

curateele enkel na verhoor van bloedverwanten *en curandus*, òf na bewijslevering (Mr. Boot, *Rechtsgel. Bijblad* 1853, blz. 548);

„dat echter, deze grieven daargelaten, door het arrest van het Hof de aangehaalde artt. zijn geschonden;

„dat immers de req., van het vonnis komende in hooger beroep, daartegen aanvoerde:

„*a.* dat de gestelde feiten nooit konden leiden tot curateele, gesteld zij waren bewezen, (omdat iemand die geen vermogen heeft, „zijn" vermogen niet kan verkwisten);

„*b.* dat hij die feiten *pertinent* ontkent;

„dat daarop het Hof zonder *eenig* nader onderzoek, zelfs zonder een nadere oproeping van req., het vonnis eenvoudig „bevestigde zich vereenigende met het gevoelen der bloed- en aanverwanten en met de uitspraak der arr.-rechtb. te Utrecht dd. 8 Aug. 1894";

„dat nu, naar requestrants oordeel, een dergelijke beslissing volkomen in strijd is met den aard van het hooger beroep;

„dat, wel is waar, bij curateele de procedure niet in hooger beroep uitdrukkelijk is geregeld, doch het zeker niet de bedoeling van den wetgever kan geweest zijn, dat bij curateele zou zijn toegelaten, wat de wet overal elders wraakt (Land I, bl. 436—437, Diephuis t. a. p. V, blz. 553);

„dat toch de *rechtb.* uit de niet-verschijning van req. de meening putte, dat de feiten niet waren ontkend, en op die niet-ontkentenis de curateele uitsprak;

„dat het nu onverklaarbaar is, hoe het Hof „zich met die meening" — gebouwd op niet-ontkentenis — „vereenigde", waar die niet-ontkenner daarna *formeel alles ontkent*;

„dat dus de aard van het hooger beroep en de ruime werking daarvan door het arr. *a quo* geheel zijn miskend, (cf. arr. H.R. 17 Mei 1894, *Rechtspr.* CLXVII, 46; v. d. Hon. *B.-R.* LX, 148);

„dat zoo ergens tot ruime opvatting van het appel aan-

leiding is, dit het geval is bij curateele, waar gelijk *in casu* het appel tevens dient voor verzet tegen een verstek-vonnis;

„dat men zich nu slechts de werking van het verzet heeft voor te stellen, om tot de gevolgtrekking te komen, dat het Hof, in dit geval, bewijsvoering had moeten gelasten;

„dat immers het systeem van het Hof er toe zou leiden, dat, — waar gelijk *in casu*, de oorspronkelijke oproeping, door afwezigheid van den *curandus* te laat in zijn handen kwam om er gevolg aan te kunnen geven —, de curateele *onherroepelijk* zou zijn uitgesproken; en dat nog wel, terwijl de wet het verhoor van den *curandus* uitdrukkelijk gebiedt; (*Cour de cassation* 16 *Février* 1875, *Sir.* 75, 1);

„dat het derhalve den H.-R. behage te vernietigen het arr. *a quo*, en de zaak te verwijzen ter nadere bewijslevering, of zoodanige andere beschikking te nemen als de H.-R. zal vermeenen te behooren, kosten rechtens.

't Welk doende enz.,

's Gravenhage, 6 Juni 1895. *(get.)* J. LIMBURG, *advocaat.*

Antidotaal request van Mr. C. M. B.

Aan den H.-R. der Nederlanden.

„Geeft eerbiedig te kennen:

„Mr. C. M. B. te Utrecht, ten deze vertegenwoordigd door den advocaat bij den H.-R. der Ned., Mr. B. M. VLIELANDER HEIN.

„dat hij tegen het door den req. C. J. M. B. te Breukelen aan den H.-R. gericht verzoek tot cassatie van het arr. van het Gerechthof te Amsterdam van 22 Maart 1895. het volgende wenscht op te merken:

„De req. schijnt in den aanvang te pleiten de grief, dat, waar een opgeroepen *curandus* wegblijft, de rechter altijd bewijs moet gelasten. Intusschen, req. zelf laat die grief aanstonds weer daar. En terecht. Want niet alleen is die

grief in appel niet aangevoerd, doch zij vindt ook geen steun in de wet, die nergens bepaalt of voorschrijft, dat de rechtb., is de gerequireerde op de oproeping weggebleveu, niet genoegzaam ingelicht zich kan verklaren door hetgeen volgens a. 491 en 492 ter harer kennisse is gekomen.

„De grief, die in het cassatie-request niet slechts geschetst doch ook volgehouden wordt, knoopt zich vast aan de opmerkingen:

„*a.* dat wie geen vermogen heeft geen verkwister kan zijn;

„*b.* dat in appel de gestelde feiten zijn ontkend;

„Wat de eerste opmerking betreft, men kan haar beantwoorden met de tegenbemerking, dat de wet het aanwijzen van vermogen niet vordert, doch eenvoudig en terecht vraagt, of iemand is verkwister, hetgeen men ook kan zijn wanneer men, wat men in de dagelijksche taal noemt: zijn „vermogen" heeft op-verkwist.

„Aan de andere bemerking worden de beweringen vastgeknoopt, dat, nu de rechter in appel bewijs had moeten gelasten, en dat hij, dat niet doende en door zonder eenig nader onderzoek of nadere oproeping van req. het vonnis te bevestigen, den aard van het vonnis te bevestigen, den aard van het appel heeft miskend.

„Het is niet duidelijk, wat hier een beroep op den aard van het appel moet uitwerken.

„De aard van het appel is, dat opnieuw de zaak in onderzoek komt en dus de partij eigen verzuimen kan herstellen.

„Aangenomen nu, dat req. zulks deed door zijne ontkentenis, dan kreeg daardoor die ontkentenis toch geen ander of verder strekkend effect dan wanneer zij was gedaan *in prima,* bij requestrants verhoor. En evenmin dus als eene ontkentenis, bij het verhoor gedaan, *per se* den rechter moet leiden tot het bevelen van bewijsvoering, even weinig

kan men volhouden, dat zulks het geval is in appel.

„Het Hof was dus in appel even vrij als de rechtb. het was *in prima*, om te overwegen en te beslissen, of het al dan niet genoegzaam was ingelicht en elke beslissing op dat punt is eene feitelijke.

„Dat alles zou ook niet anders wezen, zoo men te doen had, niet met een appel, doch met een verzet tegen een verstek-vonnis, als waarvan req. gewaagt, doch hetgeen aan zijne plaats kan worden gelaten, omdat hier noch verstek, noch verstek-vonnis, noch verzet aanwezig is, noch wetsbepalingen betreffende een of ander aangehaald zijn.

„Het is eindelijk ook geen juiste voorstelling te zeggen, dat het Hof, zonder eenig nader onderzoek, het vonnis eenvoudig bekrachtigde, want het Hof laat aan die bekrachtiging voorafgaan, dat het zich met het gevoelen der bloedverwanten vereenigt.

„Had het Hof geen termen gevonden zich daarmede te vereenigen, het zou het vonnis niet hebben bekrachtigd en de req. heeft dus geen recht te zeggen, dat „het systeem van het Hof" er toe zou leiden om, waar de curandus, ofschoon behoorlijk opgeroepen, wegbleef, de *in prima* uitgesproken curateele tot een onherroepelijke te maken.

„Op welke gronden voor den gereq. wordt verzocht dat de H.-R. het ingesteld beroep zal verwerpen."

's Gravenhage, den 17 Juni 1895,

(*get.*) VLIELANDER HEIN, *advocaat.*

Conclusie van den proc.-gen. MR. POLIS:

De Proc.-Gen.;

„Gezien vorenstaand request en de daarbij overgelegde stukken, benevens het daartegen ingediende antidotaal, met bijlagen;

„O. dat de eerste bewering, waarop het *middel* steunt, dat nl., nu de req. bij de rechtb. opgeroepen, maar niet

verschenen zijnde, niet is gehoord, de curateele niet enkel op het verhoor der bloed- en aanverwanten door de rechtb. mocht worden verleend, *zonder bewijslevering*, in appel niet is gevoerd, en ook geen steun vindt in de wet, vermits a. 494 B.-W. wel bepaalt, dat de rechtb. het hooren van getuigen zal bevelen, wanneer zij zal oordeelen, na verhoor of behoorlijke oproeping van de bloedverwanten of aangehuwden en na verhoor van dengene wiens curateele verzocht is, niet genoegzaam te zijn ingelicht, maar niet dat de rechtb. slechts dan zal kunnen gezegd worden genoegzaam te zijn ingelicht, wanneer ook de curandus is gehoord;

„O. dat de gegrondheid van de tweede stelling van het *middel*, dat nl., nu de req. in appel aanvoerde, dat de door den verzoeker tot curateele gestelde feiten, al waren zij bewezen, niet konden leiden tot curateele, en hij, req., die feiten ontkende, het Hof bewijsvoering had moeten gelasten, al evenmin uit de in het *middel* genoemde wetsartikelen volgt, vermits daarin niets van dien aard is bepaald, en er ook geene reden denkbaar is, waarom wel de rechter in eersten aanleg, ook bij ontkenning van den *curandus*, zonder getuigenverhoor, de curateele kan verleenen (a. 494 B.-W.), maar de rechter in appel altijd in zoodanig geval bewijsvoering zou moeten gelasten; terwijl voor des req. beweren, dat hij, geen vermogen hebbende, zijn vermogen niet kan verkwisten, de feitelijke grondslag ontbreekt;

„O. dat het *middel* niet is, dat de curateele niet kon worden verleend omdat de ondervraging van den curandus bij a. 493 B.-W. voorgeschreven, niet heeft plaats gehad, doch dat ook op dien grond de beklaagde uitspraak niet *ambtshalve* zou kunnen worden vernietigd, omdat, hoe absoluut het voorschrift der ondervraging van den *curandus*

ook moge luiden, het toch niet de bedoeling van den wetgever kan geweest zijn, dat een curandus, door, zooals deze req. gedaan heeft, opzettelijk niet aan de oproeping om voor den rechter te verschijnen te voldoen, zijne onder-curateele-stelling onmogelijk zal kunnen maken.

„Concludeert tot verwerping van het beroep."

BESCHIKKING. — De H.-R. enz.

„Gezien het vorenstaande verzoekschrift en de daarbij overgelegde stukken, alsmede het daartegen ingediende antidotaal, met de bijlagen;

„Gezien de vorenstaande conclusie van den proc.-gen., strekkende tot verwerping van het beroep;

„Zich vereenigende met die conclusie, en de motieven daarvan overnemende;

„Verwerpt de voorziening in cassatie."

No. 3488. — Beschikking van 28 Juni 1895 (*in Raadkamer*).

(A. 276, a. 91 B.-W.)

Is een vonnis van echtscheiding, zoolang de bij a. 276 B.-W. bedoelde inschrijving nog niet heeft plaats gehad, op den burgerlijken staat der echtgenooten, wier huwelijk daarbij door echtscheiding is ontbonden verklaard, van invloed? — NEEN.

Moet de termijn, in a. 91 B.-W. bedoeld, gerekend worden te beginnen na den dag der inschrijving van het vonnis van echtscheiding in de registers van burgerlijken stand? — JA.

Request. *Aan den H.-R. der Nederlanden.*

„Geeft eerbiedig te kennen:

„J. Ch. P. B., wonende te Stad-Almelo, ten deze vertegenwoordigd door Mr. J. D. VEEGENS, advocaat en procureur bij Uwen Raad, wonende te 's Gravenhage;

„dat bij beschikking van het Gerechtshof te Arnhem van 8 Mei 1895 req^e ongegrond is verklaard in haar beroep van eene beschikking van de arrond.-rechtb. te Almelo van 9 April 1895, waarbij is afgewezen requestrantes verzoek, dat het den rechter behage te verstaan, dat de termijn van 300 dagen, bij a. 91 B.-W. gesteld, na de ontbinding van haar huwelijk met F. TEN T. is verstreken, en mitsdien te gelasten, dat de Ambtenaar van den burgerlijken stand te Stad-Almelo het door haar voorgenomen en behoorlijk afgekondigd huwelijk met J. W. H. zal voltrekken, hetgeen door dien ambtenaar was geweigerd op grond, dat sedert de ontbinding van requestrantes vroeger huwelijk nog geen volle 300 dagen zouden zijn verloopen;

„dat dit haar verzoek daarop gegrond was, dat haar huwelijk met F. TEN T. is ontbonden door echtscheiding bij vonnis, door de arrond.-rechtb. te Zutphen den 17 Mei 1894 bij verstek gewezen, bij exploit van 14 Juni 1894 aan genoemden TEN T. in persoon beteekend, en 4 Oct. 1894 ingeschreven in de registers van den burgerlijken stand te Deventer, als woonplaats van TEN T., zoodat tijdens het doen van het verzoek sedert de uitspraak der echtscheiding meer dan 300 dagen waren verloopen; wordende de gemelde inschrijving benevens de gemelde afwijzende beschikkingen, waarna req^e. zich veroorlooft te verwijzen, hierbij in afschrift overgelegd;

„dat req^e. zich door deze afwijzende beschikkingen bezwaard gevoelt en zich daarvan bij deze voorziet in cassatie bij Uwen Raad;

„dat zij daartegen voorstelt het volgende *middel* van cassatie: schending of verkeerde toepassing van de a. 91, 254 en 276, in verband met a. 129 B.-W., doordat bij de bestreden beschikkingen beslist is, dat de bij a. 91 B.-W. bepaalde termijn van 300 dagen niet loopt

van den dag der uitspraak van het in kracht van gewijsde gegaan en behoorlijk in de registers van den burgerlijken stand ingeschreven vonnis, waarbij het huwelijk door echtscheiding is ontbonden, maar eerst van den dag dier inschrijving, en op dien grond is afgewezen requestrantes verzoek om te gelasten, dat de ambtenaar van den burgerlijken stand te Stad-Almelo haar voorgenomen en behoorlijk afgekondigd nieuw huwelijk zal voltrekken:

„dat zij tot toelichting van dit *middel* van cassatie het volgende wenscht aan te voeren:

„de Nederlandsche wetgever is bij a. 276 B.-W. afgeweken van het stelsel van den *C.-C.*, waarin de rechter slechts eene *toelating* tot de echtscheiding verleende en deze werd *uitgesproken* door den ambtenaar van den burgerlijken stand. Naar ons Burg.-Wetb. wordt de echtscheiding door den rechter *uitgesproken* en bepalen de bemoeiingen van den ambtenaar van den burgerlijken stand zich tot het melding maken van de echtscheiding in zijne registers (Mr. C. Asser, het *Nederlandsch Burg.-Wetb.* vergeleken met het *Wetb. Napoleon*, 'sGravenhage 1838, blz. 129). De inschrijving in de registers van den burgerlijken stand binnen den bij a. 276 bepaalden termijn is verplichtend, op straffe van verval van de kracht van het vonnis, waarbij de echtscheiding is uitgesproken. Maar het huwelijk wordt, volgens a. 254 ontbonden, niet door de inschrijving der echtscheiding, maar door de echtscheiding zelve, overeenkomstig de derde afdeeling van den elfden titel van het Eerste Boek, waarbij, gelijk gezegd werd, bepaald wordt, dat de echtscheiding bij rechterlijk vonnis wordt uitgesproken.

„Requestrante kan hieruit geen ander besluit trekken dan dat de ontbinding des huwelijks ingaat met den dag

der rechterlijke uitspraak, mits deze in kracht van gewijsde gegaan zij en door inschrijving *tempore utili* hare kracht behouden hebbe, en dat dus ook de bij a. 91 B.-W. bepaalde termijn van den dag van het vonnis moet worden berekend. Alleen daardoor is te verklaren, dat ook de partij, die het vonnis van echtscheiding niet verkreeg of zelfs zich daartegen verzette, het in de registers van den burgerlijken stand kan doen inschrijven; de echtscheiding bestaat krachtens het vonnis, en beide partijen kunnen de werking daarvan doen verzekeren.

„De inschrijving van het vonnis *tempore utili* is eene voorwaarde, van welker vervulling de blijvende kracht daarvan afhankelijk is. Onder die voorwaarde stelt het vonnis de rechten van partijen vast van den dag der uitspraak af. Dit heeft de wetgever kennelijk gewild, toen hij bepaalde, dat de echtscheiding bij rechterlijk vonnis wordt uitgesproken, en dat de kracht van dat vonnis *vervalt*, indien de inschrijving binnen den wettelijken termijn niet geschied is. Al wordt in a. 276 B.-W. niet van eene ontbindende voorwaarde gesproken, uit de woorden: „*vervalt de kracht van het vonnis*" blijkt, dat eene zoodanige voorwaarde den wetgever voor den geest zweefde. Zal de kracht van het vonnis, bij gebreke van tijdige inschrijving, *vervallen*, dan moet zij reeds te voren bestaan; en zij bestaat, volgens de niet twijfelachtige bedoeling van den wetgever, niet in *machtiging* tot, maar in *uitspraak* van de echtscheiding. Die bedoeling wordt miskend en de afwijking van het stelsel van den *Code Civil* wordt voorbijgezien, wanneer met prof. DIEPHUIS (2e uitgave, IV, blz. 498 vlgg.) in twijfel wordt getrokken of de uitspraak van het vonnis de echtscheiding wel bewerkt; juist dit heeft onze wetgever, in afwijking van het vroeger geldend recht, bij de a. 254 en 276 uitgemaakt.

„Hiertegen doet niet af, dat a. 49 B.-W. gewaagt van de *inschrijving*, niet van de *uitspraak* eener echtscheiding. Dit artikel komt voor in den titel van de akten van den burgerlijken stand en dient om in het geval te voorzien, dat registers zijn verloren geraakt; het had dus alleen het bewijs van de *inschrijving* te regelen, en had met de *uitspraak* niets te maken.

„De uitdrukking *„akte van echtscheiding”* in a. 126, 4°, die is overgenomen uit het Wetboek van 1830, dat omtrent de uitspraak der echtscheiding het Fransche stelsel huldigde, past zeker minder in het stelsel van ons Burg.-Wetb. Zij is echter op zich zelve onvoldoende om dat stelsel omver te werpen, nu het in den elfden titel van het Eerste Boek, waar de ontbinding des huwelijks behandeld wordt, in ondubbelzinnige woorden is uitgedrukt.

„De argumenten, waarmede de hier verdedigde wetsuitlegging bestreden wordt zijn hoofdzakelijk ontleend aan de gevolgen, welke daaruit zouden voortvloeien. Dat de bepalingen van ons Burg.-Wetb. tot praktische bezwaren aanleiding geven, valt niet te ontkennen; maar hierin ligt geen voldoende grond om de wet niet toe te passen overeenkomstig haren inhoud en de blijkbare bedoeling van den wetgever, en een andere wetsuitlegging doet niet minder zwaarwichtige bedenkingen rijzen.

„Men voert aan, dat inbreuk gemaakt wordt op de zekerheid van den staat der personen, wanneer de echtscheiding alleen uit kracht van een vonnis, dat voor geen wettelijk beroep meer vatbaar is, rechtsgeldig bestaat, doch weder vervalt, wanneer het vonnis niet *tempore utili* wordt ingeschreven. Zekerheid van staat wordt echter toch niet verkregen wanneer men aanneemt, dat het huwelijk eerst ontbonden wordt door de inschrijving der echtscheiding; want ook bij deze wetsuitlegging blijft verzet mogelijk in

het niet zelden voorkomend geval, dat het bij verstek gewezen vonnis van echtscheiding niet aan den anderen echtgenoot in persoon kon worden beteekend, noch ook op eene der wijzen, in a. 82 B.-R. omschreven, kon worden ten uitvoer gelegd. Bovendien is het ook bij deze wetsuitlegging een niet gering bezwaar, dat het feit der inschrijving niet, gelijk het vonnis, openbaar wordt aangekondigd, zoodat derden, die met de echtgenooten handelen, omtrent hunnen staat in onzekerheid verkeeren.

„Aan de opvatting, dat het huwelijk eerst ontbonden wordt door de inschrijving van het vonnis, is voorts het bezwaar verbonden, dat het huwelijk bestaat, niettegenstaande het door echtscheiding ontbonden verklaard is bij een vonnis, dat kracht van gewijsde verkregen heeft. Immers het vonnis mag eerst worden ingeschreven, wanneer het voor geen wettelijk beroep meer vatbaar is. Gaat het nu wel aan het er voor te houden, dat partijen, ten spijt van zoodanige rechterlijke uitspraak, tot op de inschrijving elkanders echtgenooten blijven? Dit bezwaar is zeker van niet minder beteekenis dan de onzekerheid omtrent den staat der personen, die, naar de bepalingen van ons B.-W. een tijd lang bestaat, hoe men die bepalingen ook uitlegge.

„In den titel van scheiding van goederen vindt men (in a. 246) eene soortelijke ontbindende voorwaarde, als req[e] vermeent dat in a. 276 is neergelegd, met de daarmede verbonden onzekerheid. Men moet aannemen, dat de wetgever in dat geval, gelijk in het tegenwoordige, de noodzakelijke gevolgen van zijn stelsel aanvaard heeft.

„Deze gronden komen req[e]{a} voor van genoegzaam gewicht te zijn, om het te mogen wagen die aan het oordeel van Uwen Raad te onderwerpen, niettegenstaande bij arr. van de Kamer van Strafzaken van Uwen Raad van 26 Maart 1888 (*Ned. Rechtspr.* CXLVIII, 314; v. D. HON. *Str.* 1888, 123)

in anderen zin beslist is. Requestrante kan zich voor hare zienswijze beroepen op een arr. van het Gerechtshof te Leeuwarden van 31 Jan. 1888 (*W. v. h. R.* no. 5588), alsmede op het gevoelen van prof. LAND (I, blz. 246 vlgg.) en van Mrs. ASSER en VAN HEUSDE (1e druk, I, blz. 274). Prof. OPZOOMER (2e uitgave, II, blz. 82 vlgg.) komt, op eenigszins andere gronden, tot gelijke uitkomst; ook andere schrijvers verkondigen dezelfde leer.

„Mitsdien wendt req. zich tot Uwen Raad, met het eerbiedig verzoek, dat het U. E. H. A. moge behagen, te vernietigen de voormelde beschikking van het Gerechtshof te Arnhem van 8 Mei 1895, alsmede de daarbij bevestigde beschikking van de Arrond.-rechtb. te Almelo van 19 April 1895, op de door reqe ingediende verzoekschriften verleend, en, doende hetgeen de eerste rechters hadden behooren te doen, het door reqe gedaan verzoek alsnog toe te wijzen en mitsdien te gelasten, dat de ambtenaar van den burgerlijken stand te Stad-Almelo het door reqe voorgenomen en behoorlijk afgekondigd huwelijk met J. W. H. zal voltrekken, of wel met vernietiging enkel van de voormelde beschikking van het Gerechtshof te Arnhem, het door reqe gedaan verzoek te verwijzen naar dat College, ten einde daarop met inachtneming van 's H.-Rs. beschikking, verder te beschikken; voorts te gelasten, dat de op dit verzoekschrift te verleenen beschikking zal zijn vrij van zegel en gratis zal worden geregistreerd, en vrij van alle andere kosten aan haar zal worden uitgereikt, zulks uit hoofde van haar onvermogen, blijkend uit het hierbij overgelegd bewijs.

't Welk doende enz.,

's Gravenhage, 15 Juni 1895. (*get.*) J. D. VEEGENS,

adv. en proc."

In deze zaak is de volgende conclusie genomen door den proc.-gen. Mr. POLIS:

„De Proc.-gen.;

„Gezien vorenstaand request met bijlagen;

„O. dat de H.-R. bij zijn arr. van 26 Maart 1888, in het request aangehaald, te recht besliste, dat uit de bepalingen van a. 276 B.-W. in haar onderling verband onmiskenbaar voortvloeit, dat het vonnis, dat, zoo het binnen den termijn der wet niet is ingeschreven in de registers van den burgerlijken stand, vervalt, zoodat uit kracht daarvan geene akte van inschrijving volgens a. 48 B. W. meer kan worden opgemaakt, ook vóór het verstrijken van dien termijn, zoolang de inschrijving nog niet heeft plaats gehad, op den burgerlijken staat der echtgenooten, wier huwelijk daarbij door echtscheiding is ontbonden verklaard, niet van invloed is; dat immers, in het stelsel der wet, met het oog op de zekerheid van den staat der personen, ter bevordering waarvan de openbare registers van den burgerlijken stand zijn ingesteld, onaannemelijk is, dat de echtscheiding reeds vóór de inschrijving in die registers, alleen uit kracht van het vonnis, waarbij zij is uitgesproken, op den dag, dat dit voor geen wettelijk beroep meer vatbaar is, rechtsgeldig zoude bestaan, maar weder zoude vervallen en partijen stilzwijgend in haar vroegeren staat van gehuwde lieden zouden worden hersteld, indien het vonnis niet binnen 6 maanden na dien dag in de voormelde registers werd ingeschreven, en dat dan ook het 2e lid van a. 276 B.-W. bepaalt, niet, dat de echtscheiding, die eerst haar beslag erlangt door het opmaken der bij a. 48 bedoelde akte, maar dat het vonnis, waarbij zij is uitgesproken vervalt, bij gebreke van inschrijving binnen den daarvoor gestelden termijn;

„O. dat dus alleszins juist is 's Hofs beslissing, dat de termijn in a. 91 B.-W. bedoeld moet gerekend worden te beginnen na den dag der inschrijving van het vonnis

van echtscheiding in de registers van den burgerlijken stand, als zijnde eerst daardoor de laatste der formaliteiten vervuld, welke de wet voor het tot stand komen eener ontbinding van het huwelijk door echtscheiding vereischt, zoodat het *middel* is ongegrond;

„Concludeert tot verwerping van het beroep."

BESCHIKKING. — De H.-R. enz.,

„Gezien bovenstaand verzoekschrift;

„Gezien de daarop gestelde conclusie van den proc.-gen., strekkende tot verwerping van het beroep;

„Zich vereenigende met die conclusie, en de motieven daarvan overnemende:

„Verwerpt de voorziening in cassatie."

[Het *Weekblad van het Recht* teekent hierbij aan: „Zie de vroegere in deze zaak gewezen rechterlijke beschikkingen met de daartoe betrekkelijke conclusien van het Openb. Min. in *W.* no. 6663.

„Vgl. in anderen zin een artikel in de *Revue Critique de législation et de jurisprudence* van April 1895, blz. 252, onder het opschrift: *De la date de la dissolution du mariage par le divorce.*"]

No. 3489 — Arrest van 17 October 1895.

(A. 339 j° 48 B.-R. — A. 837 K.; — A. 1902, 1903, 1912 B.-W.)

Is juist te achten de beslissing in hooger beroep, dat de verwerping bij een in eersten aanleg gewezen interlocutoir vonnis van een door een crediteur tegen de homologatie van een aangenomen akkoord aangevoerd middel van verzet in zoover eene eindbeslissing oplevert, welke voor dien crediteur, die tegen dat vonnis niet in hooger beroep is gekomen, onaantastbaar is? — JA.

Zijn door die beslissing de a. 339 *en* 48 *B.-R. geschonden?* — NEEN.

Laat a. 339 *van gemeld wetboek de bevoegdheid tot incidenteel beroep tegen een vonnis, waarbij aangevoerde middelen van verzet zijn verworpen, toe?* — JA.

Is bij a. 837 *K. bepaald in welke gevallen de raadpleging en beslissing over een aangeboden akkoord tot eene volgende door den rechter-commissaris te bepalen vergadering wordt uitgesteld, en wordt niet op straffe van nietigheid verboden die raadpleging en beslissing nog eens uit te stellen?* — JA.

Is het aan 's rechters beoordeeling overgelaten of het belang der schuldeischers de homologatie van een akkoord al of niet medebrengt? — JA.

Staat het hem derhalve vrij een akkoord te homologeeren, wanneer hij tot het besluit komt, dat de baten des boedels bij gerechtelijke vereffening het bij het akkoord bedongen bedrag zoo al niet „aanmerkelijk" dan toch „werkelijk" overtreffen? — JA.

Verbieden de a. 1902, 1903 *en* 1912 *B. W. den rechter uit eene opgave van een der curators in een faillissement, inlichtingen te putten ter beoordeeling van de bewering van een crediteur, die zich tegen de homologatie van het akkoord heeft verzet, dat de baten van den boedel het bij het akkoord aangeboden bedrag aanmerkelijk te boven gaan?* — NEEN.

Kan de rechter, in hooger beroep het vonnis a quo *vernietigende het door den geïntimeerde ingesteld incidenteel appel „voor het geval het Hof het vonnis* a quo *zou mogen bevestigen" eenvoudig voorbijgaan?* — JA.

De proc.-gen. Mr POLIS heeft van deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Tegen het beklaagde arr. zijn *vijf middelen* aangevoerd.

„Het eerste betreft de beslissing in de 1e overw. *quoad jus*, dat het tweede en derde *middel* van verzet tegen de homologatie van het accoord uitdrukkelijk zijn verworpen en de rechtsoverwegingen van het interlocutoir, ... dat het ter zake onverschillig is, dat de verwerping in het dispositief van het interlocutoir niet is herhaald; dat der-

gelijke verwerping eene eindbeslissing oplevert en deze voor partijen onaantastbaar is, als zij tegen het vonnis, waarin deze voorkomt, niet hebben geappelleerd, zooals ten deze niet geschied is." Die beslissing is, dunkt mij, volkomen juist. De eischers grondden hun verzet tegen de homologatie van het accoord op drie middelen of gronden, en wel daarop: 1e dat de baten des boedels veel te boven gaan de som. bij het accoord bedongen; 2e dat de crediteuren geene zekerheid hebben dat het accoord zal worden nagekomen; 3e dat de stemming over het accoord op 10 Sept. 1894 onwettig is. En nu besluit de rechtb. bij haar vonnis van 19 Oct. 1894, dat het *tweede* en *derde middel* van verzet zijn ongegrond, en beveelt zij omtrent het *eerste middel* een onderzoek door deskundigen. Wij hebben hier dus te doen met een vonnis, dat op twee punten is definitief, op het derde eene interlocutie bevat, en het doet er niet toe, dat de einduitspraak op twee punten in het dictum van het vonnis niet is herhaald, omdat door de uitlegging die het Hof aan het vonnis geeft, *feitelijk vaststaat*, dat de rechtb. in de motieven van haar vonnis op de twee punten eene eindbeslissing gegeven heeft.

„Ik beroep mij op het arr. van 9 Mei van dit jaar, v. d. Hon. *B.-R.* LXI, 161. En al ware dat niet zoo, al ware 'sHofs uitspraak op dit punt in strijd met de wet, toch zou het *middel* niet tot cassatie kunnen leiden, omdat de a. 339 en 48 B.-R. niets te maken hebben met de vraag of de beslissing van de rechtb. op den tweeden en derden grond van verzet, was eene eindbeslissing en niet slechts behoorde tot de rechtsgronden van het interlocutoir, waarop in appel zou kunnen worden teruggekomen.

„Het *tweede middel* heeft betrekking op 's Hofs uitspraak in het 2e gedeelte van de eerste rechtsoverweging, waar het Hof zegt, dat het, blijkens a. 847 K., evenals de eerste

rechter bij het beoordeelen der gronden, welke tegen de homologatie van het accoord kunnen worden aangevoerd eene discretionaire macht heeft, en het met het oog daarop van oordeel is, dat noch het uitstellen der stemming over het accoord, noch de onjuiste voorstelling namens den failliet dat, bij verwerping van het accoord maar 22 pCt. uit den boedel zouden komen, van invloed blijken te zijn geweest op de aanneming van het accoord. Maar al wil men daarin lezen, dat het Hof van oordeel is, dat het krachtens zijne discretionaire macht bevoegd zoude zijn het accoord te homologeeren, *ook al was de stemming daarover onwettig*, toch zou het arr. niet wegens die beslissing kunnen worpen gecasseerd, omdat zij dan niets anders zoude zijn dan eene superabondante overw., die in haar geheel laat de beslissing in het eerste *middel* besproken, dat de wettigheid der stemming over het accoord niet meer kan worden betwist, nu tegen het vonnis, waarin zij is uitgemaakt, niet is geappelleerd. En daarom is ook de vraag, of de stemming over het accoord overeenkomstig de wet heeft plaats gehad, dan wel op eene bij de wet niet bekende vergadering, hier niet aan de orde.

„De bedoeling van het *derde middel* schijnt te zijn, dat het Hof den regel van a. 1177 B.-W. miskend en eene verkeerde toepassing aan de a. 847 en 845, 2e lid, K. gegeven heeft, door te homologeeren dit accoord, waarbij 30 pCt. wordt aangeboden, alhoewel $35^1/_2$ pCt. in den boedel aanwezig is. Dat a. 1177 B.-W. dit niet verbiedt, ja aan deze materie geheel vreemd is, behoeft geen betoog, en ook de a. 845 en 847 K. kunnen door 's Hofs beslissing niet verkeerd zijn toegepast, vermits zij geene regels bevatten omtrent de verhouding, die tusschen het actief des boedels en de bij het accoord aangeboden som moet bestaan. En wel volgt uit het 2e lid van a. 845 K., dat het de bedoeling des wetgevers is geweest, dat

de homologatie zal worden geweigerd, wanneer de baten des boedels *aanmerkelijk* te boven gaan de som bij het accoord bedongen, maar hier had het Hof op alleszins juiste gronden aangenomen, dat het meerdere bedrag van $5^1/_2$ pCt. dat in dezen boedel zou aanwezig zijn, niet kan worden beschouwd als een *aanmerkelijk* te boven gaan van de bij het accoord aangeboden som, en die beslissing, ook al ware zij onjuist, moet in cassatie worden geëerbiedigd, omdat zij feitelijk is.

„Het *vierde middel* is eene klacht over onwettig bewijs, maar het gaat niet op, omdat het Hof de, in appel verstrekte opgave van de curators niet heeft gebezigd als bewijsmiddel van eenig feit, dat overeenkomstig de a. 1902 en 1903 bewezen moest worden, maar om daaruit afteleiden, dat de waarde dier goederen, welke niet door deskundige geschat zijn, door de rechtb. te hoog is gesteld, en de baten des boedels dus niet zooveel bedragen als de rechtb. aanneemt, en de, zich tegen de homologatie van het accoord verzettende crediteuren beweren.

„Eindelijk is de strekking van het 5e *middel*, dat het Hof de a. 20 R.-O., 161 (vroeger 156) Grw., 59, 56, in verband met a. 339 B.-R. geschonden heeft, door geene beslissing te geven over het al of niet rechtsgeldige van het door de verw. sub. 2 tot en met 4 ingestelde, en door de eischers als ongeldig bestreden, voorwaardelijk incidenteel appel, maar dat appel als vervallen heeft beschouwd, en de eischers, ook tegenover de voorwaardelijk incidenteel appellanten, in alle kosten heeft veroordeeld, zonder deze grief van eischers te onderzoeken.

„Eene veroordeeling van de eischers in de kosten, *ook tegenover de voorwaardelijke incidenteel-appellanten*" komt in het arr. niet voor, en vermits uit het arr. ook niet blijkt, dat in de taxatie der kosten, waarin de eischers

tegenover de mede-geïntimeerden veroordeeld zijn, ook kosten op het incidenteel appel gevallen begrepen zijn, zoo mist het 5e *middel*, voor zooverre dat op de condemnatie in de kosten betrekking heeft, zijn feitelijken grondslag. En overigens is het ongegrond. Het incidenteel appel was ingesteld voor het geval het Hof het vonnis *a quo* zoude bevestigen, en het Hof kon volstaan met dat appel vervallen te verklaren, zonder de ontvankelijkheid daarvan te onderzoeken, omdat, nu de voorwaarde, waaronder werd geappelleerd, niet werd vervuld, geen appel over bleef, waarop eene beslissing van het Hof *kon* gegeven worden.

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van de eischen en de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

„Gehoord partijen; — Gezien de stukken;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie tegen het beklaagde arr. is aangevoerd: verkeerde toepassing van a. 339, 2e lid, B.-R. en schending van a. 48 van dat wetboek, door aan te nemen, dat, ten gevolge van het niet instellen van incidenteel hooger beroep door den geintimeerde, — overeenkomstig wiens conclusien èn bij het interlocutoir vonnis èn bij het eindvonnis recht is gedaan, — de inhoud der overw. van het interlocutoir vonnis van de arr.-recht. te 's Hertogenbosch van 19 Oct. 1894, waarin de rechtb. in strijd met de aangevoerde middelen, dat is gronden, van verzet overweegt, dat het akkoord wettig is tot stand gekomen en vermeent, dat het bezwaar van opposanten, betreffende het gemis van borgtocht, terzijde gesteld behoort te worden, in hooger beroep voor partijen onaantastbaar is geworden;

„O., dat, blijkens het arr., de nu-eischers zich voor de arr.-rechtb. te 's Hertogenbosch tegen de homologatie van

het in het faillissement van den eersten verweerder aangenomen akkoord hebben verzet op drie gronden:

„1°. dat de baten des boedels aanmerkelijk te boven gingen de som bij het akkoord bedongen;

„2°. dat de stemming over het akkoord onwettig was, vermits de behandeling van het ter tweede verificatie-vergadering van 20 Aug. 1894 aangeboden akkoord alstoen niet heeft plaats gehad, doch op verzoek van een der schuldeischers eerst is uitgesteld tot 3 Sept. d. a. v., en op dien dag wederom op verzoek van eenige schuldeischers, en niettegenstaande protest van andere schuldeischers, is uitgesteld tot 10 Sept. d. a. v.;

„3°. dat de borgstelling voor de uitbetaling van de akkoordpenningen niet de noodige zekerheid aanbood;

„dat bij interlocutior vonnis van genoemde rechtb. van 19 Oct. 1894 de 2e en de 3e grond van verzet zijn verworpen, terwijl bij dat vonnis omtrent het eerste voorgestelde *middel* van verzet een bericht van deskundigen is bevolen;

„dat bij eindvonnis der rechtb. van 30 Nov. d. a. v. de homologatie van het akkoord is geweigerd, op grond dat, naar het oordeel der rechtb., de baten des boedels bij het akkoord aangeboden 30 pCt. aanmerkelijk te boven gingen;

„dat bij het door den eersten verweerder ingesteld hooger beroep de nu-eischers, zonder hunnerzijds tegen het bovenvermeld interlocutoir vonnis in hooger beroep te komen, de daarin voorkomende beslissingen uitvoerig hebben bestreden, en dat bij het beklaagde arr. het Hof, met vernietiging van het vonnis van de rechtb. te 's Hertogenbosch, de homologatie van het akkoord heeft toegestaan;

„O., dat het *middel* van cassatie is gericht tegen de overweging in het arr.: „dat het *tweede en derde middel* van verzet uitdrukkelijk zijn verworpen in de rechtsoverw. van het intorlocutoir; dat het onverschillig is, dat die ver-

werping in het dispositief van het interlocutoir niet is herhaald; dat dergelijke verwerping eene eindbeslissing oplevert en deze voor partijen onaantastbaar is, als zij tegen het vonnis, waarin deze voorkomt, niet hebben geappelleerd, zooals ten deze niet geschied is";

„O. dienaangaande, dat volgens de door het Hof aan gemeld interlocutoir vonnis gegeven uitlegging, welke in cassatie moet worden geëerbiedigd, twee door de eischers tegen de homologatie van het aangenomen akkoord aangevoerde *middelen* van verzet bij dat interlocutoir vonnis zijn verworpen, en dat bij deze uitlegging 's Hofs beslissing, dat die verwerping in zoover eene eindbeslissing opleverde welke voor de nu-eischers, die tegen dat vonnis niet in hooger beroep waren gekomen, onaantastbaar was, alleszins juist is te achten;

„O. dat door 's Hofs beslissing de bij het *middel* aangehaalde a. 339 en 48 B.-R. ook niet kunnen zijn geschonden, daar de a. vreemd zijn aan de vraag, of het gemeld interlocutoir vonnis omtrent het *tweede* en *derde middel* van verzet was eene eindbeslissing, en of die *middelen* al of niet moeten worden beschouwd als rechtsgronden, welke het Hof ambtshalve had behooren aan te vullen;

„O. dat door de eischers ook ten onrechte wordt beweerd, dat het incidenteel appel hunnerzijds tegen het interlocutoir vonnis, in welks *dictum* niets te hunnen nadeele voorkomt, niet-ontvankelijk zou geweest zijn, daar a. 339 B.-R. de bevoegdheid tot incidenteel beroep tegen een vonnis, waarbij aangevoerde *middelen* van verzet zijn verworpen, zeker toelaat;

„O. dat als *tweede middel* van cassatie is aangevoerd: schending of verkeerde toepassing van de a. 836, 837 en 847 K., in verband met de a. 842 van dat wetb. en 14 A.-B. door te beslissen dat de rechter bij het beoordeelen der gronden

welke tegen de homologatie van het akkoord kunnen worden aangevoerd, zou hebben eene discretionaire macht, krachtens welke hij de bevoegdheid zou hebben om een akkoord te homologeeren, ook als dit niet op de bij de wet voorgeschreven wijze is tot stand gekomen, en door, van die vermeende bevoegdheid gebruik makende, een akkoord te homologeeren, waarover de eerste raadpleging en eerste beslissing niet heeft plaats gehad op de door den rechter-commissaris ingevolge a. 837, 3° K. daarvoor bepaalde vergadering, maar op eene latere, in de wet niet bekende, en zulks niettegenstaande de a. 836 en 837 K. slechts als gelegenheden voor de *eerste* raadpleging en *eerste* beslissing over het aangeboden akkoord vermelden de vergaderingen voor de verificatie, of, in de gevallen bij dat a. 837 sub 1, 2 en 3 bedoeld, eene *volgende* door den rechter-commissaris te bepalen vergadering, en die gelegenheden voor de stemming niet buiten de wet mogen worden uitgebreid, vermits de betrekkelijke bepalingen ongetwijfeld zijn van openbare orde;

„O. dienaangaande, dat nu, zooals bij het *eerste middel* is overwogen, volgens 's Hofs beslissing bij meergemeld interlocutoir vonnis het middel van verzet, hierop berustende dat het akkoord niet op wettige wijze was tot stand gekomen, was verworpen, en van dat vonnis geen hooger beroep was ingesteld, het onderzoek van dat *middel* voor het Hof niet aan de orde was;

„O. dat overigens, „de discretionaire macht", welke het Hof zich te recht, krachtens a. 847 K., „bij het beoordeelen der gronden, welke tegen de homologatie van het akkoord kunnen worden aangevoerd", toekent, — en krachtens welke het Hof van oordeel is, dat noch het uitstellen der stemming over het akkoord, noch de onjuiste voorstelling namens den failliet, dat bij verwerping van

het accoord maar 22 pCt. uit den boedel zouden komen, van invloed blijken te zijn geweest op de aanneming van het akkoord, en dat ook de gestelde borgtocht ten onrechte is bestreden, — niet is de, bij het *middel* beweerde discretionaire macht om een niet op de bij de wet voorgeschreven wijze tot stand gekomen akkoord te homologeeren: — terwijl eindelijk bij het *middel* ook ten onrechte een beroep wordt gedaan op a. 14 A.-B. daar bij het aangehaald a. 837 K. wel bepaald is in welke gevallen de raadpleging en beslissing over het aangeboden akkoord tot eene volgende door den rechter-commissaris te bepalen vergadering wordt uitgesteld, doch niet op straffe van nietigheid verboden wordt die raadpleging en beslissing nog eens uit te stellen;

„O., dat als *derde middel* van cassatie is voorgesteld: schending van a. 1177 B.-W. en van a. 1 K. en verkeerde toepassing van de a. 847 en 845, 2e lid, van laatstgenoemd wetboek, door aan te nemen, dat het den rechter vrijstaat een akkoord te homologeeren, wanneer hij, *na instructie van een verzet*, tot het resultaat komt, dat de baten des boedels bij gerechtelijke vereffening de lasten *werkelijk*, al zij het niet *aanmerkelijk*, zullen overtreffen, en dat zoodanige met alle wet en recht strijdige verrijking van den schuldenaar niet door eene meer geleidelijke liquidatie en behoud van industrieele of commercieele kansen, die anders te niet gaan, in welk geval het akkoord voor alle partijen voordeelig kan zijn en *zonder nadeel voor de crediteuren*, den gefailleerde kan baten, maar, al zij het voor gering bedrag, werkelijk ten koste der crediteuren, door de wet is gewild, omdat deze van een crediteur, die verzet doet en die, uit den aard der zaak, slechts oppervlakkig met de praesumtieve baten bekend kan zijn, ter opening der mogelijkerwijs voor vele be-

langen contradictoire instantie, de aanwijzing van een aanmerkelijk, dat is een in aanmerking komend, niet onbeduidend vermoedelijk overschot vraagt;

„O., dat de strekking van dit *middel* schijnt te zijn, dat het Hof ten onrechte zou aangenomen hebben, dat het den rechter vrijstaat een akkoord te homologeeren, wanneer hij tot het besluit komt, dat de baten des boedels, bij gerechtelijke vereffening, het bij het akkoord bedongen bedrag zoo al niet „aanmerkelijk" dan toch „werkelijk" overtreffen; doch dat den rechter niet is voorgeschreven de homologatie van een aangenomen akkoord te weigeren, wanneer de baten des boedels het bij het akkoord aangeboden bedrag hetzij dan „aanmerkelijk" hetzij „werkelijk" overtreffen, maar het aan de beoordeeling van den rechter is overgelaten of het belang der schuldeischers de homologatie van het akkoord al of niet medebrengt, zoodat het Hof, door, om verschillende redenen, de homologatie toe te staan, niettegenstaande er naar 's Hofs berekening eene waarde van ongeveer 5$^1/_2$ pCt. meer in den boedel zoude kunnen aanwezig zijn dan het akkoord aanbood, de aangehaalde wetsa. niet heeft geschonden;

„O., dat als *vierde middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van de a. 1902 en 1903, in verband met a. 1912 alle B. W., door te beslissen, dat de door de rechtb. aangenomen waarde der goederen, welke niet door de benoemde deskundigen zijn geschat, o. a. met *f* 682.62^5 moet worden verminderd, voor op den inventaris voorkomende materialen, welke, blijkens de in appèl verstrekte opgave van de curators, vóór de schatting reeds verbruikt zouden zijn en waarvan dus het aequivalent in den post Contante Gelden ad *f* 6606.91^5, zou moeten worden teruggevonden, zonder dat daarvoor eenig bewijs, en nog veel minder eenig deugdelijk schrifte-

lijk bewijs, door een der tegenpartijen is bijgebracht, kunnende toch in geen geval bedoeld bewijs, naar de wet, gevonden worden in het door den gefailleerde in appel geproduceerd, en in de feitelijke overw. van het arr. aangehaald briefje van een der curators, tegelijk een der gevoegde partijen, gericht aan den advocaat van den gefailleerde, dus een briefje tusschen twee tegenpartijen van eischers gewisseld, noch uit eenig ander geproduceerd stuk of afgelegde verklaring, welke overw. van het Hof van invloed is geweest op de beoordeeling, in hoeverre de baten des boedels de som, bij het akkoord bedongen, te boven gingen;

„O., dat ook dit *middel* niet kan opgaan, daar de aangehaalde wetsa. het Hof niet verboden uit eene opgave van een der curators inlichtingen te putten ter beoordeeling van de bewering van de nu eischers, oorspronkelijke opposanten, dat de baten van den boedel het bij het akkoord aangeboden bedrag aanmerkelijk te boven gingen;

„O., dat als *vijfde middel* van cassatie is aangevoerd: schending van a. 20 B.-R., a. 161, vroeger 156 Grw., a. 59 en 56 in verband met a. 339 B.-R., doordat het Hof, in stede, gelijk hij had behooren te doen, eene beslissing te geven over het al of niet rechtsgeldige van het, door verweerders sub 2 tot en met 4 ingesteld en door de eischers als ongeldig bestreden *voorwaardelijk* incidenteel appel, eenvoudig heeft beslist, dat door de ongegrondverklaring van het verzet en de homologatie van het akkoord, het incidenteel appel vervalt, en de eischers, ook tegenover de voorwaardelijk incidenteel appellanten, in alle kosten heeft veroordeeld, zonder deze grief van eischers in cassatie te onderzoeken;

„O., dat dit *middel* ten deele zijn feitelijken grondslag mist, daar de nu eischers bij het arr. niet „ook tegenover

de voorwaardelijk incidenteel appellanten in alle kosten zijn veroordeeld'', en overigens is ongegrond, daar het Hof het door de nu verweerders sub 2 tot 5 „voor het geval het Hof het vonnis *a quo* zou mogen bevestigen" ingesteld incidenteel appel, nu, tengevolge van de vernietiging door het Hof van het vonnis van den eersten rechter, dat geval niet aanwezig was, eenvoudig kon voorbijgaan, en eene niet-ontvankelijkverklaring daarin niet te pas kwam;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt de eischers in de kosten van cassatie."

N⁰ 3490. — Arrest van 24 October 1895.

(A. 1969, j° a°, 1966, B.-W.)

Moet de beslissende eed, blijkens a. 1969 *B.-W. zoodanig luiden, dat hij vatbaar is om in zijn geheel te worden aangenomen?* — Ja.

Is, door oplegging van een beslissenden eed, die drie verschillende posten omvat, waaromtrent verschillende verdediging mogelijk en ook gedaan was, en bij de tegenspraak waarvan denkbaar is, dat hij aan wien de eed opgedragen wordt, bereid kon zijn — gelijk hij zich ook verklaard heeft — ten aanzien van den eenen post den eed te doen, maar dien ten aanzien van andere posten begreep te moeten weigeren, a. 1969 *j⁰ a.* 1966 *B.-W. geschonden?* — Ja.

Namens den Proc.-Gen. heeft de Adv.-gen. van Maanen in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Als *middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 1966, 1967, 1969 en 1972 j° a° 1902 en 1903 B.-W., op grond dat bij het vonnis aan den eischer twee decisoir geoordeelde eeden zijn opgelegd, waarvan de eerste loopt over een drietal geheel van elkander onafhankelijke posten; dat de eischer, als gedaagde in

eersten aanleg, uitdrukkelijk verklaard heeft aan te nemen den eed, wat betreft den vijfden post ad *f* 144.—, maar dien niet aan te nemen wat betreft de posten 2 en 3, groot *f* 13 en *f* 30; dat mitsdien, wat betreft de post 5, door de rechtb. opgelegd had moeten zijn, maar niet kon of mocht vastgesmeed worden aan een tweetal posten, waaromtrent de eischer uitdrukkelijk verklaard had den eed niet aan te nemen, ze tevens bestrijdende als *litis decisoir;* dat immers door die samenvoeging de eischer gebracht wordt in de onmogelijkheid te zweren, ook nadat hij verklaard heeft den eed, wat den grootsten post betreft, aan te nemen.

„Blijkens het bestreden vonnis der rechtb. bestond de vordering tot betaling uit zes diverse posten; twee daarvan, 1 en 4, werden aan den eischer, thans verw., toegewezen. Ten aanzien van de posten 2, 3, 5 en 6, die de ged^e^. K. ontkende schuldig te zijn, werden hem door B. twee eeden opgedragen; de tweede betrof post n° 6, en daarvan is in dit cassatie-proces de rede niet, zoodat we hier alleen te maken hebben met den eersten eed, betreffende de posten 2, 3 en 5.

„Die eed luidt aldus: ik zweer, dat het niet waar is dat ik aan den eischer schuldig ben de aan het hoofd der dagvaarding sub 2, 3 en 5 voorkomende posten, groot *f* 13, *f* 30 en *f* 144, als zijnde de afwijkingen van het bestek, voor zoover de posten 2 en 3 betreft, niet op mijn last geschied, terwijl de post *sub* 5 in de aanneming begrepen was.

„Dien eed had de gedaagde aangenomen te zweren, *alleen* betreffende post 5, en ten aanzien der posten 2 en 3 beweerd, dat, waar zooveel is betaald voor meerder werk, die eeden niets beslissen.

„Die overweging teekent de judiciëele contenance van den ged^e^ niet volkomen duidelijk, en de mogelijkheid acht

ik niet uitgesloten, dat de rechtb. daarin gezien heeft eene bloote bestrijding van het pertinente en concludente der mede ontkende posten 2 en 3, over wier eedsopdracht, de toen gedaagde het niet noodig vond, zich verder uit te laten. Het vonnis geeft daarover geen licht en neemt eenvoudig woordelijk over, wat de thans eischer in zijne conclusie verklaard heeft; maar met den eischer kan ik die opvatting niet wel aannemen, zoowel omdat de eed ten aanzien van punt 5 een anderen grondslag had, als omdat ged^{e} door het aannemen van den eed nopens punt 5 *alleen*, ten duidelijkste deed blijken, hem voor het overige te weigeren.

„Die opvatting heeft ook bij den verw. geen tegenspraak ontmoet.

„De klacht van het *middel* nu betreft de samenvoeging van de 3 posten, wier onverschuldigdheid bij één eed door den eischer zou moeten worden bezworen, door welke samenvoeging hij in de onmogelijkheid is gebracht den eed afteleggen, terwijl de rechter had moeten splitsen de post die K. wilde bezweren, van de anderen, waaromtrent hij zulks had geweigerd.

„Mij komt dit juist voor; het geldt hier *verboden* toevoeging, weglating, verandering of splitsing van den eed, welk verbod alleen ziet op de formuleering van den eed zelven. — Er zijn hier *au fond* 3 feiten, zelfs met twee verschillende rechtsgronden, en het wil mij daarom voorkomen, dat de vordering ten aanzien van post 2 en 3, waaromtrent de eed was geweigerd, eenvoudig in zooverre had behooren te zijn toegewezen, omdat zij daarvoor volkomen vatbaar was.

„Over het min of meer decisoire van den eed op die punten, kan ik zwijgen, als zijnde *facti*, maar het opleggen van een geweigerden eed was geheel overbodig.

„Maar al komt de gevallen uitspraak mij niet juist voor, toch vermeen ik dat het *middel* niet kan opgaan, omdat in geen der daarbij aangehaalde a. een voorschrift voorkomt, hetwelk den rechter verbiedt om den eed op te leggen, ten aanzien van door de partij *ontkende* feiten, waar die feitelijke rechter dien eed, zooals hij geformuleerd is, beslissend oordeelt.

„Al ben ik dus van meening, dat hier een *mal jugé* aanwezig is, zoo moet ik toch concludeeren tot verwerping van de voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. enz.,

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O. dat als eenig *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing of niet-toepassing van de a. 1966, 1967, 1969 en 1972 B.-W., in verband met de a. 1902 en 1903 van dat wetboek;

„O. dat dit *middel* is gericht tegen de oplegging bij het bestreden vonnis aan den ged., nu eischer in cassatie, van den hem door de wederpartij opgedragen *eersten* eed, luidende: „Ik zweer, dat het niet waar is, dat ik aan den eischer schuldig ben de aan het hoofd der dagvaarding *sub* Nos. 2, 3 en 5 voorkomende posten, respectievelijk groot f 13, f 30 en f 144, als zijnde de afwijkingen van het bestek, voor zoover de posten *sub* Nos. 2 en 3 betreft, niet op mijn last geschied, terwijl de post *sub* No. 5 in de aanneming begrepen was";

„O. dat tot staving van het hiertegen gericht *cassatie-middel* door den eischer hoofdzakelijk is aangevoerd, dat hem, die alleen ten aanzien van den 5en post den eed had aangenomen, geen eed, de drie voormelde posten vereenigende, had mogen zijn opgelegd;

„O. hieromtrent, dat de beslissende eed zoodanig, blijkens

a. 1969 B.-W., moet luiden, dat hij vatbaar is om in zijn geheel te worden aangenomen, en dat de den eischer in cassatie opgedragen, hiervoren omschreven eed omvat drie verschillende posten, waaromtrent verschillende verdediging mogelijk en ook gedaan was, en bij de tegenspraak waarvan denkbaar is, dat de nu eischer bereid kon zijn, — gelijk hij zich ook verklaard heeft, — ten aanzien van den eenen post den eed te doen, maar dien ten aanzien van andere posten begreep te moeten weigeren;

„O., dat dus de rechtb. door oplegging aan den ged^{e}, nu eischer in cassatie, van voormelden eed, over bedoelde drie verschillende posten vereenigd loopende, a. 1969 in verband met a. 1966 B.-W. heeft geschonden, en het *middel* van cassatie dus in zoover is gegrond;

„Vernietigt het vonnis in deze zaak door de arr.-rechtb. te 's Gravenhage den 3^{en} Mei 1895 gewezen, voor zooveel betreft de daarbij aan den ged., nu eischer in cassatie, gedane oplegging van den hiervoren omschreven eed;

„Verklaart, dat voor oplegging van dien eed geene termen bestaan;

„Verwijst de zaak naar voormelde rechtb., ten einde, met inachtneming van dit arr. verder te worden behandeld en beslist;

„Veroordeelt den verweerder in de kosten van cassatie."

N° 3491 — Arrest van 24 October 1895.

(A. 1274, 1279, 1302, 1303, 1493, 1510, 1516 B.-W.).

Is 's Rechters beslissing, dat uit de tijdsbepaling zonder meer, zooals die in eene overeenkomst is opgenomen, niet kan worden afgeleid, dat het in de bedoeling van partijen heeft gelegen om met die tijdsbepaling een fatalen termijn vast te stellen, in dien zin, dat na het verstrijken

daarvan de mora *vanzelf zou intreden, te beschouwen als eene uitlegging der tusschen partijen bestaande overeenkomst, die in cassatie behoort te worden geëerbiedigd?* — JA.

Namens den Proc.-Gen. heeft de Adv.-gen. VAN MAANEN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Als *middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 1274, 1279, 1302, 1303, 1493, 1510, 1516, B.-W, door aan te nemen, dat alleen wanneer volstrekte waardeloosheid der praestatie aanwezig is, na het verstrijken van een termijn, voor de levering bepaald, eene in-gebreke-stelling onnoodig is om de gevolgen der *mora* te doen intreden, terwijl het Hof voorbijziet dat, waar vaststaat, dat de termijn voor de levering in het belang van den kooper is bepaald, ten einde willekeur van den verkooper ten opzigte van den tijd der levering uit te sluiten, — waar tevens vaststaat dat de te leveren goederen niet meer aan hunne bestemming kunnen beantwoorden op het oogenblik, waarop de verkooper de levering wil doen, de rechtsregelen omtrent het ontstaan der *mora* zonder in-gebreke-stelling moeten worden toegepast.

„Dit *middel* is gericht tegen een arr. van het Gerechtshof te Arnhem, waarbij *in factis* is aangenomen, dat appellante aan geïntimeerde heeft verkocht en deze van haar heeft gekocht, op 1 Juli 1892, tienduizend Kilo raapkoeken tegen den prijs van f 67 de 1000 kilo te leveren *per December 1892,* blijkens het daarvan door partijen opgemaakt koopbriefje; dat appellante ter uitvoering van die overeenkomst in Maart 1893 aan het adres van geïntimeerde heeft afgezonden een waggon, geladen met de verkochte-waar, welke 17 Maart te Winterswijk aangekomen, gëintimeerde geweigerd heeft te ontvangen, waarop zij hem den 22en Maart gerechtelijk is aangeboden; en toen ook nu in-ontvangstneming werd geweigerd, is van geïntimeerde bij exploit van

6 April 1893, onder aanmaning alsnog in ontvangst te nemen, betaling gevorderd, waarop hij, toen ook dit, geweigerd werd, in gebreke is gesteld. Daarna heeft de appell[e] ontbinding der overeenkomst gevorderd en de geïntimeerde reconventioneel gelijke vordering gedaan, bewerende, dat de overeenkomst uitgevoerd had moeten zijn in de maand December 1892 en de appellante in verzuim was, door daaraan niet tijdig te voldoen.

„Bij 's Hofs arr. is, met vernietiging van het vonnis der rechtb. te Zutphen, de reconventioneele vordering afgewezen en die in conventie toegewezen.

„Alvorens aan te toonen, dat de voorstelling, die van 's Hofs motivering bij het *middel* gegeven wordt, minder juist is, moet ik er den Raad reeds terstond op wijzen, dat 's Hofs *dictum* berust op dit hoofdmotief, dat de tijdsbepaling, in de overeenkomst voorkomende, naar de *bedoeling* van partijen *niet* de strekking had, dat door den verloop van den bepaalden termijn, de verkooper in gebreke zou zijn.

„We staan hier dus voor de uitlegging van eene overeenkomst, waarvan het onderzoek aan den rechter in cassatie ontsnapt.

„Maar bovendien, het Hof overweegt alleen, dat de te leveren goederen na 31 December niet waardeloos werden voor den geïntimeerde, en dat nu deze de appellant niet had geïnterpelleerd of in-gebreke-gesteld en die datum geen fatale termijn was, de levering ook daarna kon plaats hebben.

„Het Hof overweegt niet, dat alleen bij volstrekte waardeloosheid der praestatie in-mora-stelling onnoodig is, maar dat de geleverde waar *niet waardeloos* werd voor geïntimeerde.

„Wel zegt het Hof, dat de tijdsbepaling *in casu* in het belang van den geïntimeerde, is bedongen, niet dat zij *uitsluitend* in het belang van den kooper is gestipuleerd; het beslist tevens, dat het belang van den verkooper medebracht,

dat de levering niet vóór 1° Januari kon worden gevorderd, terwijl bij den aanvang van dat tijdstip onverwijld de praestatie kon worden geeischt.

„Dat was de bedoeling, die het Hof in het contract neergelegd vond.

„Eindelijk neemt het Hof niet aan, dat de geleverde goederen niet meer aan hunne bestemming konden beantwoorden; integendeel wordt gezegd, dat zij ook bij latere toezending het doel dat geïntimeerde beoogde konden doen bereiken. Doch gelijk ik zeide, feitelijk is deze de beslissing: „dat in dit geval de verkooper zonder in-gebreke-stelling niet *in mora* was."

„Ik concludeer tot verwerping van deze voorziening, met veroordeeling van den verweerder in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

„Gehoord den eischer; — Gezien de stukken;

„O. dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1274, 1279 1302, 1303, 1493, 1510 en 1516 B.-W., door aan te nemen dat, alleen wanneer volstrekte waardeloosheid der praestatie aanwezig is, na het verstrijken van een termijn, voor de levering bepaald, eene in-gebreke-stelling onnoodig is om de gevolgen der *mora* te doen intreden, terwijl het Hof voorbijziet, dat, waar vaststaat dat de termijn voor de levering in het belang van den kooper is bepaald, ten einde willekeur van den verkooper ten opzichte van den tijd der levering uit te sluiten, — waar tevens vaststaat dat de te leveren goederen niet meer aan hunne bestemming kunnen beantwoorden op het oogenblik, waarop de verkooper de levering wil doen, — de rechtsregelen omtrent het ontstaan der *mora* zonder in-gebreke-stelling moeten worden toegepast;

„O. daaromtrent, dat, blijkens het bestreden arr., feite-

lijk vaststaat, dat de nu verw[resse] aan den nu eischer op 1 Juli 1892 heeft verkocht en deze van haar heeft gekocht een partij raapkoeken, te leveren per Dec. 1892; dat de verkoopster eerst in Maart 1893 geleverd heeft, en dat de kooper geweigerd heeft de raapkoeken in ontvangst te nemen; dat voorts op den zoo in conventie als in reconventie ingestelden eisch tot ontbinding van het koopcontract en schadevergoeding, het Hof, met vernietiging van het in eersten aanleg gewezen vonnis, den eisch in conventie van de nu verw[resse] in hooger beroep heeft toegewezen en den eisch in reconventie van den nu eischer heeft ontzegd;

„O. dat tegen deze laatste beslissing bij het *middel* wordt opgekomen, doch dat daarbij ten onrechte beweerd wordt, dat het Hof heeft aangenomen dat alleen, wanneer volstrekte waardeloosheid der praestatie aanwezig is, na het verstrijken van den termijn voor de levering bepaald, een in-gebreke-stelling onnoodig is om de gevolgen der *mora* te doen intreden;

„dat toch het Hof alleen heeft beslist, dat in deze zaak eene latere levering van de koopwaar, naar haren aard, ook nog wel kon beantwoorden aan het doel dat de kooper beoogde;

„dat evenmin bij het bestreden arr. als vaststaande is aangenomen, dat de te leveren goederen niet meer aan hunne bestemming konden beantwoorden op het oogenblik waarop de verkooper de levering wilde doen, maar integendeel, dàt de te leveren goederen door de latere toezending voor den kooper ook niet waardeloos werden;

„dat het Hof nu wel aannemelijk acht, dat de in deze bepaalde termijn *voornamelijk* was bedongen in het belang van den kooper, ten einde hem zekerheid te geven en niet afhankelijk te maken van de willekeur van den verkooper,

doch dat daaruit allerminst volgt, dat de tijdsbepaling *uitsluitend* in het belang van den kooper was bedongen;

„O. dat derhalve het *middel* grootendeels zijn feitelijken grondslag mist, en ook daarom niet kan opgaan omdat het afstuit op de feitelijke beslissing, die het Hof gegeven heeft omtrent de beteekenis van de tusschen partijen aangegane overeenkomst;

„dat toch de bewering van den nu eischer, dat de overeenkomst uitgevoerd had moeten zijn in de maand Dec. 1892, en dat de nu verw^resse^, door zulks niet te doen, in verzuim was, is verworpen, omdat de eischer de verw^resse^ nooit in-gebreke had doen stellen, en uit de tijdsbepaling zonder meer, zooals die in de overeenkomst was opgenomen, niet kon worden afgeleid, dat het in de bedoeling van partijen heeft gelegen om met die tijdsbepaling een fatalen termijn vast te stellen, in dien zin, dat na het verstrijken daarvan de *mora* van zelf zou intreden;

„O. dat deze uitlegging der tusschen partijen bestaande overeenkomst in cassatie behoort te worden geëerbiedigd, en het *middel* mitsdien is ongegrond,

„Verwerpt het beroep in cassatie en veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen."

N° 3492. — Arrest van 31 October 1895.

(A. 713 j^o^ a^o^ 577 en a. 581 B.-W.).

Erkent onze wet eén principieel verschil tusschen de zaken, die deel uitmaken van het publiek domein, en andere? — JA.

Zijn de voorschriften van den vierden titel, Boek II, van het B.-W. op de zaken, die deel uitmaken van het publiek domein bepaaldelijk op de in a. 577 bedoelde wegen, toepasselijk? — NEEN.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. VAN MAANEN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„In deze procedure staat *in facto* vast, dat de eischer in cassatie is eigenaar van een perceel grond, bouwland en bosch, waarop een huis staat te Eefde, onder Gorssel, ten Z.W. begrensd door den Rijksstraatweg van Deventer naar Zutphen, en dat van staatswege op den berm van dien weg langs genoemd perceel zijn gepoot 23 hoog opschietende eikenboomen, op den afstand van p. m. 15 cM. van de grenslijn tusschen het erf en den weg, terwijl op die plaats, aan die zijde van den straatweg, nimmer, zoolang het menschen heugt, boomen hebben gestaan.

„Op grond van a. 713 B.-W. heeft de eischer gevorderd dat de Staat die boomen zoude opruimen.

„Deze hem in eersten aanleg toegewezen vordering is hem in hooger beroep door het Hof van Arnhem ontzegd.

„Tegen die uitspraak is als *middel* van cassatie aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 713, 625, 626, 577, 672, 721, 678, 690, 693—696, 700, 676, 720, 555, 593, 1210, 1368, 1481, 1779, 1990 B.-W., 491 B.-R., a. 55, 189 en 152 Grw., IV, der Add. a., 88, 90 en 91 Decreet van 16 Dec. 1811, contenant réglement sur la construction, la réparation et l'entretien des routes, 3 en 4 van het Souv. Besluit van 10 Febr. 1815, nopens de beplanting der groote wegen, enz. en a. 5 van het Kon.-Besl. van 20 Jan. 1829 (n^0 83), doordien het Hof beslist heeft, dat het gebod, om bij het planten van hoog opschietende boomen, bij gebreke van bijzondere reglementen of van vaste en erkende gebruiken, den afstand van 20 palmen van de scheidslinie der beide erven in acht te nemen, niet-toepasselijk is voor openbare wegen, op grond:

„1°, dat deze wegen, als deel uitmakende van het publiek

domein, zijn buiten den handel, immers aan het privaatrechtelijk verkeer onttrokken, met dit gevolg, dat daarop behoudens de uitzondering van a. 577 B.-W. geen private rechten door derden kunnen worden uitgeoefend, en de titel van het Burg. Wetb., handelende over de rechten en verplichtingen tusschen eigenaars van naburige erven, niet van toepassing is;

„2°, dat, als zijnde de beplanting der openbare Rijkswegen een tak van den publieken dienst, het de taak der overheid is, om de rooilijn voor de te planten boomen te bepalen, bij de vervulling van welke taak zij geheel vrij is, en naar goedvinden beslist, onafhankelijk van de bepalingen van het burgerlijk recht, moetende hetgeen in strijd daarmede door de overheid mocht zijn gedaan ten nadeele van de aangelegen erven, worden beschouwd als een publieke last, die de aangelegen erven hebben te dragen.

„Tot staving van dit *middel* is in hoofdzaak aangevoerd: dat het onderscheid, tusschen publiek en privaat eigendomsrecht, hetwelk het arr. aanneemt, niet op de wet is gegrond, dat ook a. 577 B.-W. zoodanig onderscheid niet maakt, terwijl a. 579 zaken van het publiek domein *eigendom* van den Staat noemt, zoodat de eigendomsrechten van den Staat op zaken, tot den openbaren dienst bestemd, bloot hun steun vinden in het burgerlijk recht; dat in tegenstelling met de bepalingen van den *Code* (a. 538 en 560) onze wet niet het rechtsgevolg van buiten den handel te zijn heeft willen verbinden aan de eigendommen van den Staat in a. 538 van den *Code* genoemd, en in a. 577 overgenomen, terwijl de uitdrukking van „openbaar domein" in a. 676 B.-W. onvoldoende is om dat onderscheid aan te nemen; dat in elk geval de bewering niet opgaat, dat de zaken, behoorende tot het publiek domein reeds daarom zouden zijn buiten den handel,

waaromtrent in ons recht niets is bepaald, terwijl de H.-R. zich aan die willekeurige onderscheiding niet houdt (zie arr. van den H.-R. 24 April 1868) (*Ned. Rechtspr.* LXXXVIII, 374) 6 Jan. 1854 (*Ned. Rechtspr.* XLVI, 284), 17 Nov. 1892 (*Ned. Rechtspr.* CLXII, 200) 3 Febr. 1893 (*Ned. Rechtspr.* CLXIII, 72). Deze arr. komen bij v. D. HON. voor in de afd. *B.-R.* XXXII, 310; XVIII, 27; LVIII, 414; LIX, 123.

„Ik kan mij met deze beweringen niet wel vereenigen. Het karakter der zaken, die het eigendom zijn van den Staat, brengt van zelf mede, dat deze ze bezit òf als privaat persoon om er vruchten en opbrengsten van te trekken, òf dat hij er bloot eigenaar van is met de daaraan verbonden lasten, om ze te doen strekken ten dienste van een ieder. Die onderscheiding kende de Fransche wet ook, en dat zij niet met zooveel woorden in onze wet is overgenomen, is enkel het gevolg van de bijeenvoeging der eigendommen van den Staat in a. 538 en 560 van den *Code*, vermeld in één art., nl. 577 B.-W., zonder daarbij op hun verschillenden aard te letten. Al moge nu de redactie van het a. later tot allerlei bemerkingen hebben geleid, daarom moet het wezen van het privaat- en publiekrechtelijk eigendom wel degelijk worden onderscheiden, en zou althans moeten blijken, dat men het onderscheid in 1838 over boord wilde werpen. Gezegd verschil in aard brengt ook verschillend rechtsgevolg mede, en wel bepaaldelijk dit, dat de tot algemeen gebruik bestemde zaken zoolang ze aan die bestemming voldoen, buiten den handel zijn, waaruit echter nog niet volgt, dat elke *res publica* buiten den handel is (arr. v. 6 Jan. 1854), doch slechts dan, wanneer zij strekt tot den publieken dienst.

„Het arr. van 1868 betrof wegen, die door de gemeente ten algemeenen nutte bestemd waren, maar die zij aan

die bestemming kan onttrekken, evenals de Staat dat met opzicht tot zijne wegen kan doen.

„De jurisprudentie van den H.-R. is ook deze, dat de zaken van a. 577 die den Staat *jure publico* behooren en tot algemeen gebruik bestemd zijn, buiten den handel en niet vatbaar voor bijzonder bezit zijn. De eigendomsrechten van den Staat zijn, evenals in het Romeinsche recht, (GOUDSMIT, dl. I bl. 100 en 101) tweeledig, nl. die van den Staat als zoodanig en die van den Staat als gelijkstaande met een bijzonder persoon, eene onderscheiding niet met name in het Burg. Wetb. vermeld, doch die niettemin niet in strijd is met, maar volgt uit de a. 577 en 581, (Arr. 26 Juni 1863, 29 Juni 1871, 11 Maart 1887, *Ned. Rechtspr.* LXXIV, 231, XCVIII, 251, CXLV, 312; v. D. HON. *B.-R.* XXVII, 436; XXXVI, 144; LIII, 135.)

„Mijn oordeel over de opvatting van a. 577 gaf ik in mijne conclusie voorafgaande aan Uw laatstgenoemd arr., en ik blijf die meening voor juist houden. Ik verwees toen mede naar het arr. van 30 Juni 1879 (*Ned. Rechtspr.* CXXII, 275 v. D. HON. *J. en V.* VIII, 332. Terecht werd in de conclusie daaraan voorafgaande gezegd, dat de gewraakte onderscheiding tusschen publiek en privaat domein in strijd is met den aard der zaken en de bedoeling der wet, die in a. 676 spreekt van wateren, die niet tot het openbaar domein behooren, en daarmede het bestaan van wateren, die wel tot het publiek domein behooren heeft erkend. Nu gaat het niet aan, dit argument weg te wisschen met de bewering dat a. 644 van den Code ondoordacht in ons Wetboek is overgenomen.

„En wat betreft de door den eischer geciteerde arr. van 1892 en 1893, gelijk ik reeds zeide, „het zijn *extra commercium*", hangt af van de bestemming van den eigendom

en blijft daartoe dan ook beperkt zoodat daarmede niet in strijd is de beslissing dat een strook gronds bezwaard met den last van openbaren weg, niettemin vatbaar is voor privaat bezit, mits hij niet aan zijne bestemming worde onttrokken. Maar van zoo iets kan hier bij een Rijksstraatweg de rede niet zijn, van een privaat recht op den grond behoudens de bestemming wordt niet gerept.

„Ik kan den H.-R. daarom niet adviseeren om ten deze van zijn bestaande jurisprudentie af te wijken.

„Tegen eene andere motiveering van het arr., nl. dat de bepalingen van het burenrecht niet kunnen worden ingeroepen tegen eigendommen die den Staat publiekrechtelijk toekomen, is in het midden gebracht, dat ten deze niet derden rechten uitoefenen op dien eigendom, maar dat de Staat *tegenover* derden de bepalingen der wet heeft na te komen, althans voor zoover de voorschriften van den 4en titel toegepast kunnen worden, voorts dat het woord „erf" niet in engen zin mag worden uitgelegd, want dat dan de titel ook niet op gebouwen van toepassing zou zijn (a. 618 B. W.) terwijl ook de schrijvers aan het woord *héritage* den ruimsten zin toekennen (Diephuis dl. 6, bl. 524, in het Systeem is het bl. 270; Laurent VII n°. 129 en 130).

„A. 720 B.-W. bepaalt: dat de rechten en verplichtingen ten openbare of gemeentelijke nutten daargesteld, ten onderwerp hebbende o. a. de wegen, bij bijzondere wetten en verordeningen geregeld zijn.

„Daaruit volgt, gelijk ook uit deze zaak duidelijk blijkt, dat zij onderwerp zijn van een ander recht, dan het gewone privaatrecht, waarop hier een beroep wordt gedaan.

„De bepalingen van den titel betreffende het burenrecht toonen voorts aan, dat zij zien op fonds de terre et batiments die door het privaatrecht beheerscht *over* en *weder*

rechten en verplichtingen van naburen regelen, maar geen rechten van langs die erven loopende openbare wegen. Van die wederkeerigheid kan bij eigendommen van ongelijk karakter, *jure publico* eenerzijds, *jure privato* anderzijds bezeten de rede niet zijn, en eene vordering van den Staat tegen een aangeland om boomen te hakken op minder dan 2 meter van een Rijksweg staande, zou evenmin opgaan omdat een weg, in den zin der wet, geen erf, geen héritage is. Zoo wordt dan ook in a. 700 B.-W. het woord „erf" in tegenstelling met den „openbaren weg" gebruikt.

„Nu moge de bepaling van a. 713 algemeen toepasselijk door de schrijvers worden geoordeeld, zoowel in de steden, als op het platteland, zij stellen toch niet, dat het van toepassing is op wegen, die tot algemeen gebruik bestemd zijn.

„Het laatste motief van het Hof voor zijne uitspraak is, dat de vordering moet worden afgewezen op grond van het regeeringsrecht der overheid, blijkende uit de wetgeving op dat stuk, met name de wet van 9 Ventôse an XIII, Keizerlijk Decreet van 16 Dec. 1811 en het Souverein besluit van 16 Febr. 1815, waarbij het beplanten der wegen in den ruimsten zin beschouwd werd als een onderdeel van den aanleg en het onderhoud der wegen, en dus als een tak van den openbaren dienst, welke beplanting strekt om de wegen tot algemeen nut, bruikbaar te maken voor het openbaar verkeer, niet om daarvan als privaateigenaar vruchten te trekken, en waarbij in aanmerking komt de bepaling van de richting of de rooilijn, zelfs waar de beplanting door derden geschiedt, zoodat alleen de overheid, onder welks beheer de weg is gesteld, over de beplanting beslist, onafhankelijk van de bepaling van a. 713 B.-W. Daartegen is in het midden gebracht, dat een overheidsrecht in de wet geen steun vindt, en dat uit de arresten van den H.-R. van 18 Dec. 1885 en 28 April 1887 (*Ned.*

Rechtspr. CXLI, 364, CXLV, 497; v. D. HON. *B.-R.* LI, 332; LIII, 173) duidelijk blijkt, dat, al moge de overheid *jure publico* eigenaar zijn van werken tot algemeen gebruik bestemd, hij wel degelijk aansprakelijk is, als eigenaar *jure privato*, voor de schade, door die werken aan anderen berokkend. Die beslissingen zijn ook zeer juist en in overeenstemming met de conclusien van het O.-M., maar ze doen hier ter zake niets af, waar er geen sprake is van eene actie *ex articulo* 1402 B.-W., maar *ex articulo* 713 B.-W. betreffende het burenrecht.

„Van hoogheidsrecht of regeeringsrecht wil men liefst niet hooren, waar het in botsing komt met private rechten, maar daarom bestaat het toch. Het is het recht voortvloeiende uit de vroegere en tegenwoordige rechtsbetrekkingen van den Staat als zoodanig, als Regeeringspersoon, de belangen van het algemeen handhavende tegenover de inbreuken, die daarop mochten worden gemaakt.

„En waar dat recht door de wet of daarmede gelijkstaande besluiten, enz. gelijk *in casu*, gesanctioneerd is, moet daarvoor het gewone privaatrecht wijken.

„De Staat der Nederlanden nu ontleent zijn recht aan de wet, om, onafhankelijk van de rechten der burgers, de wegen ten algemeenen nutte te onderhouden in bruikbaren staat, waartoe behoort de beplanting in behoorlijken rooilijn, alsmede in het belang der veiligheid van het verkeer. Voor de geschiedenis van dit onderwerp, zie men de aanteekeningen op de voorzegde Fransche wetten bij FORTUIJN dl. II, bl. 339 en dl. III bl. 397. Ik vermeen echter, dat ze voor de beslissing in deze zaak van geen belang zijn, omdat het besluit van 16 Dec. 1811 bij Resolutie van den Souvereinen Vorst van 10 Febr. 1815 is vervangen door andere bepalingen. Die Resolutie is opgenomen in het *Bijvoegsel van het Staatsblad* van 1815, dl. II, 1e stuk,

bl. 4, en in de *Staatscourant* van dat jaar *sub* n° 60.

„In herinnering brengend dat het hier geldt eene geheel nieuwe beplanting door den Staat zelven daargesteld, zoo is dit geschied geheel overeenkomstig het *sub* 3° daarbij bepaalde, luidende: „dat alle groote wegen, welke nog niet beplant zijn geweest, zulks zullen worden gedaan, voor zoover zij daarvoor vatbaar zijn; dat die beplanting overal zal geschieden van wege den Staat, uitgezonderd in die plaatsen, alwaar gemeenten, collegien of particulieren bestaan, die daartoe recht hebben en van dit recht gebruik zullen verkiezen te maken." Van dit laatste is hier geen sprake, en waar nu aan den Staat niet alleen de bevoegdheid is gegeven, maar de verplichting is opgelegd de wegen te beplanten, moet voor dien publiekrechtelijk opgedragen, last wijken een burenrecht, aan de burgerlijke wet ontleend.

„Die regeling was bovendien geheel in overeenstemming met de bepaling van a. 720 B.-W.

„Ik mag echter op dat punt niet onbesproken laten, dat de voorzegde Resolutie van den Souvereinen Vorst in het *Staatsblad* niet is opgenomen; in dat opzicht staat het gelijk met de sedert 80 jaar toegepaste militaire Strafwetboeken, die ook alleen in het *Bijvoegsel van het Staatsblad* voorkomen.

„De gevoelens omtrent de verplichte publiceering van besluiten en reglementen door middel van het *Staatsblad* zijn zeer verdeeld. In 1848 en 1850 oordeeldde de H.-R. dat a. 2 van het Vorstelijk Besluit van 18 Dec. 1813 (*Stbl.* van 1814, n° 1) *niet* voorschrijft, dat besluiten van den Souverein, om wettig verbindend te zijn, steeds in het *Staatsblad* zullen moeten worden geplaatst; maar dat het slot van dat a. daaromtrent groote vrijheid liet. (Arr. 10 Juni 1848, v. d. Hon. *Gem.-Z.* VII, 355, *Ned. Rechtspr.* XXXVII, 61) van 22 Nov. 1850, (v. d. Hon. *Gem.-Z.* X, 397). Gezegd a. zegt: dat in het *Staatsblad alleenlijk* ge-

plaatst worden alle wetten enz., waarvan de publiekmaking *noodig of nuttig* wordt geoordeeld. Met wijlen mijn kundigen ambtgenoot SMITS meen ik mij bij die jurisprudentie te moeten aansluiten.

„In zijne conclusie voorafgaande aan Uw arrest van 14 Nov. 1881 (*Ned. Rechtspr.* CXXIX, 97; v. D. HON. *Gem. Z.* XXXIII, 273) worden de uiteenloopende meeningen uitvoerig besproken, en daarna terecht op den voorgrond gesteld, dat in den jare 1813 de begrippen omtrent publiceering door middel van het *Staatsblad* geheel verschilden van de tegenwoordige, en dat de bedoeling van dat besluit moet worden opgemaakt uit de toepassing daaraan van den beginne af gegeven.

„Ten aanzien der publiekmaking wordt algemeen als nog geldende beschouwd het *Avis du Conseil d'Etat* van 12/25 Prairial an XII (FORTUYN dl. II, bl. 353) bepalende, dat besluiten niet in het *Bulletin des Lois* opgenomen verbindend zouden zijn du jour, qu'il en est donné connaissance aux personnes qu'ils concernent, par publication, notification, signification ou envois faits ou ordonnés par les fonctionnaires publics chargés de l'exécution.

„De insertie van de Resolutie van 10 Febr. 1815 in het *Staatsblad* werd niet bevolen en Mr. SMITS was van oordeel, dat de plaatsing in de *Staatscourant* als een voldoende publicatie, als bij het *Avis* bedoeld, was te beschouwen. De H.-R. overwoog echter, dat de Resolutie van 10 Febr. 1815 is een besluit van algemeene strekking, bepalingen bevattende voor alle eigenaren van boomen, staande op of langs de groote wegen; dat die derhalve om verbindend te zijn in het *St.* had behooren te zijn opgenomen. Op die beslissing wees de Geachte Raadsman van den Staat, aan het slot van zijn pleidooi, doch s. r. komt mij die uitspraak te algemeen voor, en kan zij niet van invloed zijn op deze zaak.

„Het slot van het besluit luidt: „en zal afschrift van deze Resolutie worden gezonden aan de Generale Directie van den Waterstaat om daaraan de noodige executie te geven". Dit nu was ten eenenmale voldoende, althans ten aanzien van het bepaalde *sub* no 3 van het besluit, rakende blootelijk boomen op den weg door den Staat zelven te planten, geenszins verplichtingen aan particulieren opgelegd. Daarbij waren dus geene belangen van bijzondere personen betrokken, en de Souvereine Vorst heeft er zeker niet aan gedacht, dat ten gevolge van dat *administratief* voorschrift, de Staat met eene actie uit a. 671 van den *Code* zou kunnen worden besprongen.

„Daarom komt het mij voor, dat ten deze niet van invloed kan zijn het arrest van 14 Nov. 1881, hetwelk betrof een strafzaak tegen iemand, die andere boomen op of aan een Rijksweg had doen planten, dan hem was toegestaan in strijd met 2° litt. c. van de Resolutie, ten wiens aanzien de publiekmaking onvoldoende werd geoordeeld.

„Het *middel* mij ongegrond voorkomende, concludeer ik tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.,

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O. dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending van de a. 713, 625, 626, 577, 672, 721, 678, 690, 693 tot 696, 700, 676, 720, 555, 593, 1210, 1368, 1481, 1779 en 1990 B.-W., 491 B.-R, 55, 189 en 152 Grw. IV van de addit. a. der Grw., 88, 90, en 91 van het Decreet van 16 Dec. 1811, contenant réglement sur la construction, la réparation et l'entretien des routes, 3 en 4 S. B. van 10 Febr. 1815, nopens de beplantingen der groote wegen enz. en a. 5 Kon. besluit van 20 Jan. 1829, no. 83, doordien het Hof beslist heeft dat het gebod om bij het planten

van hoog opschietende boomen, bij gebreke van bijzondere reglementen of van vaste en erkende gebruiken, den afstand van 20 palmen van de scheidslinie der beide erven in acht te nemen, niet toepasselijk is voor openbare wegen, op grond:

„1°, dat deze wegen, als deel uitmakende van het publiek domein, zijn buiten den handel, immers aan het privaatrechtelijk verkeer onttrokken, met dit gevolg, dat daarop, behoudens de uitzondering van a. 577 B.-W., geen private rechten door derden kunnen worden uitgeoefend, en de titel van het Burg.-Wetb., handelende over de rechten en verplichtingen tusschen eigenaars van naburige erven, niet van toepassing is;

„2°, dat, als zijnde de beplanting der openbare Rijkswegen een tak van den publieken dienst, het de taak der overheid is om de rooilijn voor de te planten boomen te bepalen; bij de vervulling van welke taak, zij geheel vrij is, en naar goedvinden beslist, onafhankelijk van de bepalingen van het burgerlijk recht, moetende hetgeen in strijd daarmede door de overheid mocht zijn gedaan ten nadeele van de aangelegen erven, worden beschouwd als een publieke last, dien de aangelegen eigenaren hebben te dragen;

„O. daaromtrent, dat, naar aanleiding van het 1e onderdeel van het *middel* twee vragen te beantwoorden zijn:

„1°, erkent onze wet een principieel verschil tusschen de zaken, die deel uitmaken van het publiek domein, en andere?

„2°, zoo ja, zijn dan de voorschriften van den IV^n titel, Boek II, van het Burg.-Wetb. op eerstgenoemde zaken, bepaaldelijk op de in a. 577 bedoelde wegen, toepasselijk?

„O. *ad Ium*:

„dat reeds in het Romeinsche recht als buiten den handel beschouwd werden de zaken, die tot gebruik en nut van

alle ingezetenen bestemd waren (*res publicae*); en eveneens a. 538 *C.-N.* onderscheid maakte tusschen de zaken, die behooren tot het *domaine public,* en die, welke vatbaar zijn voor bijzonderen eigendom;

„dat nu wel in a. 577 B.-W. de redactie van dit laatste a. gewijzigd is, maar uit niets blijkt, dat de wetgever daarmede bedoeld heeft het genoemde onderscheid op te heffen;

„dat integendeel de bepaling, dat de in het a. genoemde zaken den Staat „toebehooren," niets anders kan beteekenen dan dat de Staat dit recht heeft als zoodanig, krachtens zijn publiekrechtelijk karakter, onafhankelijk van de gewone wijzen, waarop de eigendom verkregen of verloren wordt;

„dat hiertegen wel door den eischer is aangevoerd, dat het recht van den Staat in de a. 575 en 579 B.-W. „eigendom" wordt genoemd, maar daaruit niet mag worden afgeleid, dat deze eigendom in geenerlei opzicht onderscheiden zou zijn van dien der bijzondere personen;

„dat toch niet alleen in a. 676 B.-W. de uitdrukking „openbaar domein" behouden is, maar bovendien de Staat zeer wel privaatrechtelijk eigenaar der *res publicae* kan heeten, al worden de gewone regelen betreffende den eigendom door de omstandigheid, dat zij, aan het gewone verkeer onttrokken, ten algemeenen nutte bestemd zijn, in menig opzicht gewijzigd;

„dat de eerste vraag mitsdien toestemmend moet worden beantwoord:

„O. *ad IIum*:

„dat hieromtrent door den eischer is aangevoerd, dat de in den vierden titel omschreven verplichtingen door onzen wetgever, in afwijking van den *Code Napoléon,* beschouwd worden als verplichtingen der eigenaars, zoodat, al neemt

men aan, dat de hier bedoelde zaken zelve buiten den handel zijn, haar eigenaar toch tot het nakomen daarvan verplicht kan wezen;

„dat echter, al ware dit op zich zelf juist, daaruit geenszins zoude volgen, dat onze wetgever, voorschriften gevende omtrent de rechten en verplichtingen der eigenaars van naburige erven, onder dit laatste woord ook de in a. 577 genoemde zaken heeft willen begrijpen;

„dat toch dit woord, in zijne ruimste beteekenis genomen, niet meer omvat dan alle gebouwde en ongebouwde eigendommen, en daaronder, naar het gewone spraakgebruik, niet vallen de openbare wegen, wateren en andere in a. 577 genoemde zaken;

„dat voorts uit den geheelen inhoud van den titel blijkt, dat ook de wetgever het woord in denzelfden zin genomen heeft;

„dat terecht dienaangaande in het beklaagde arr. wordt overwogen, dat in a. 700 de woorden „erf" en „openbare weg" in tegenstelling met elkander worden gebruikt; terwijl verder in verschillende a., handelende over afscheiding van aan elkander grenzende eigendommen en over de rechten van licht en uitzicht over eens anders erf, bepalingen voorkomen, die ten duidelijkste aantoonen, dat de titel niet voor openbare wegen is geschreven;

„dat, waar de eischer zich mitsdien op geenerlei wetsbepaling kan beroepen tot staving van het door hem beweerde recht, het *middel* moet worden verworpen, zonder dat het noodig is, de bij het tweede onderdeel van het *middel* tegen den verderen inhoud van het arr. aangevoerde grieven te onderzoeken;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer in de kosten."

N° 3493. — Arrest van 31 October 1895.

(A. 1605 B.-W.)

Bevat dit a., evenals het voorafgaand en enkele andere bepalingen van het burgerlijk en handelsrecht, een bijzonder voorschrift, waarbij wordt afgeweken van de algemeene regelen van het bewijs? — Neen.

Is, waar de rechter het bestaan van eene door den verhuurder gestelde huurovereenkomst tusschen partijen heeft aangenomen, op grond dat die door den huurder was erkend, en bij het ook overigens aanwezig zijn van de in gemeld a. 1605 *gestelde vereischten, den verhuurder den in dat a. bedoelden eed heeft opgelegd, door dit laatste de wet noch geschonden noch verkeerd toegepast, niettegenstaande de huurder aan zijne bekentenis omtrent het bestaan der huurovereenkomst, de bewering, had toegevoegd dat de huurprijs minder bedroeg dan door den verhuurder was gesteld?* — Ja.

Onderscheidt gemeld a. 1605 *of er geschil tusschen partijen bestaat over de hoegrootheid van den huurprijs, zooals die bij den aanvang van de huur is bedongen, dan wel over eene later ingetreden vermindering van dien prijs?* — Neen.

Volgt uit meergemeld a. 1605, *of uit eenige andere wetsbepaling, dat de rechter, in het geval in dat a.* 1605 *omschreven, ambtshalve, en dus zonder medewerking van een der partijen, aan den verhuurder den eed omtrent de hoegrootheid van den huurprijs kan opleggen?* — Neen.

De Proc.-Gen. mr. Polis heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De nu verweerderes heeft van den nu eischer bij de rechtb. te Breda betaling gevorderd van *f* 345, zulks op grond, dat de nu eischer sedert 1881 van haar in huur heeft een perceel bouwland te Tilburg, tegen een huurprijs van *f* 150 per jaar, en haar nog schuldig is f 45 als restanthuurprijs over 1891, en den geheelen huurprijs over 1892

en 1893. De nu eischer, protesteerende tegen splitsing van zijne bekentenis, heeft erkend het land in quaestie te heben gehuurd, aanvankelijk voor *f* 150 per jaar, doch daarbij gevoegd, dat deze huursom in 1886 op *f* 120 is gebracht; dat de nu verweerderes die som telken jare zonder eenige bemerking heeft aangenomen, en dat hij (nog slechts) verschuldigd is de pacht verschenen Kerstmis 1893, *ad f* 120, op welke gronden hij heeft geconcludeerd, dat de rechtb. zou verklaren, dat hij met de betaling van *f* 120 zal kunnen volstaan, en het door de nu verweerderes meer gevorderde zal ontzeggen.

„De rechtb. beslist, dat de huurovereenkomst door den gedaagde (nu eischer) is erkend, en er alleen dus verschil bestaat over de hoegrootheid der huur, zoodat aanwezig is het geval van a. 1605 B.-W., en, oordeelende dat de rechter bevoegd is, wanneer, zooals *in casu*, de verhuurder den eed van a. 1605 niet aanbiedt, hem dien ambtshalve op te leggen, laat de rechtb., alvorens ten principale te beslissen, de nu verweerderes toe tot het afleggen van den eed, dat de jaarlijksche huurprijs van het perceel bouwland in quaestie *f* 150 bedraagt.

„Bij het eerste *middel* wordt schending en verkeerde toepassing beweerd van de a. 1960, 1961 en 1605 B.-W. omdat de rechtb. de door gedaagde met een beroep op de onsplitsbaarheid van zijn *aveu* afgelegde bekentenis ten onrechte ten zijnen nadeele heeft gesplitst, terwijl daarbij door hem geene daadzaken werden aangevoerd, welker valschheid was beweerd, veelmin was bewezen, en evenmin a. 1605 B.-W. eene dergelijke splitsing wettigt.

„Ik deel de meening van den eischer, dat hier bestond een gequalificeerd *aveu*, en dat de rechtb., om tot de oplegging van den eed van a. 1605 te geraken, de bekentenis van den nu eischer van het bewuste bouwland ge-

huurd te hebben heeft ontdaan van hetgeen de nu eischer daarbij had gevoegd, ter betwisting van de tegen hem ingestelde op de huurovereenkomst gegronde vordering. En die splitsing heeft plaats gehad ten nadeele van den nu eischer. Want, ware zijne bekentenis in haar geheel aangenomen, de verhuring zou vaststaan, maar tevens dat hij slechts nog *f* 120 voor pacht over 1893 verschuldigd is, en, ware zijne bekentenis geheel ter zijde gesteld, de huurovereenkomst, waarvan het bewijs door de rechtb. alleen in die bekentenis gevonden is, zou niet zijn bewezen, terwijl in beide gevallen aan de nu verweerderes de eed van a. 1605 niet kon zijn toegestaan of opgelegd.

„De rechtb. ontkent niet, dat het *aveu* van den nu eischer door haar gesplitst wordt, zij grondt die splitsing ook niet op het 2e lid van a. 1961, maar zij oordeelt dat de nu eischer zich niet op de onsplitsbaarheid zijner bekentenis had beroepen, omdat a. 1605 een speciaal bewijsmiddel toelaat en dus door dit a. gederogeerd wordt aan den algemeenen bewijsregel van a. 1961 B.-W. Maar a. 1605 laat wel een speciaal bewijsmiddel toe voor *den prijs* der verhuring, maar dat het ook voor het bewijs der verhuring derogeert aan den regel van de onsplitsbaarheid van het *aveu* kan, dunkt mij, bezwaarlijk worden toegegeven, en de verhuring moet vaststaan, zal er van een eed des verhuurders over het *quantum* van den huurprijs sprake kunnen zijn.

„Het eerste *middel* acht ik dus gegrond; en zoo denk ik over het derde, waarbij de eischer schending en verkeerde toepassing stellende van de a. 1966, 1967, 1977, 1978 en 1605 B.-W. opkomt tegen de beslissing in de 3e rechtsoverw., „dat a. 1605 B.-W. niet voorschrijft dat er een aanbod tot die eedsaflegging van den verhuurder moet uitgaan, doch de rechter ambtshalve bevoegd is

den verhuurder dien eed op te leggen, tenzij ged. heeft gebruik gemaakt van de hem bij voornoemd a. verleende bevoegdheid om de bepaling van den huurprijs aan de begrooting van deskundigen over te laten, wat *in casu* niet het geval is".

„Van bevoegdheid des rechters om ambtshalve den eed van a. 1605 op te leggen, blijkt uit dat a. niet; die bevoegdheid is ook door geene andere wetsbepaling aan den rechter toegekend, en zij kan niet worden verondersteld, want zij zou eene uitzondering zijn op het beginsel van lijdelijkheid des rechters. De woorden van a. 1605 *dat de verhuurder op zijn eed moet worden geloofd ten ware de huurder mocht verkiezen den huurprijs door deskundigen te doen begrooten*, kunnen nl. geene andere beteekenis hebben dan dat, waar de verhuurder zal vorderen toegelaten te worden de juistheid van den huurprijs, door hem opgegeven, onder eede te bevestigen, de huurder de keuze zal hebben om of den huurprijs op die wijze te laten bepalen, of de bepaling daarvan door eene begrooting van deskundigen te doen plaats hebben.

„En waar de verhuurder niet vordert tot beëediging zijner prijsopgave toegelaten te worden, waar hij tegenover de betwisting van den huurder geene aanspraak maakt op het exceptioneele bewijsmiddel van a. 1605, daar bestaat voor den huurder geene aanleiding om den prijs door deskundigen te doen begrooten. Dat de huurder in deze geene expertise heeft gevraagd, mocht dus ook voor de rechtb. geen grond zijn om den verhuurder tot den eed van a. 1605 toe te laten, en de rechtb., dit doende, heeft voor den eischer in cassatie onmogelijk gemaakt de uitoefening van het recht van keuze, dat hem krachtens a. 1605 B.-W. toekomt en ook daardoor eene verkeerde toepassing aan dat a. gegeven.

„Met het 2e *middel* kan ik mij niet vereenigen. Indien het waar is, wat de rechtb. aanneemt, dat hier alleen verschil bestaat over de hoegrootheid der huur (en dat dit niet waar is kan uit a. 1605 B.-W., het eenige dat in het *middel* genoemd is, niet worden afgeleid), dan kan om de reden in dit *middel* opgegeven a. 1605 B.-W. niet zijn verkeerd toegepast of geschonden, omdat verschil over den huurprijs bestaat zoowel in het geval dat de huurder beweert, dat bij het aangaan der huur niet zooveel voor huurprijs is bedongen als de verhuurder vordert, als in het geval dat de huurder beweert, dat de aanvankelijk bedongen huurprijs later op het door hem opgegeven lagere bedrag is gesteld, en de rechtb. heeft dan ook m. i. terecht de door den nu eischer gewilde, maar in de wet niet te vinden onderscheiding, niet gemaakt.

„Ik concludeer tot cassatie van het beklaagde vonnis met terügwijzing der zaak naar de rechtb. en veroordeeling der verweerderes in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O., dat als *eerste middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 1960, 1961 en 1605 B.-W., omdat de rechtb. de door ged. met een beroep op de onsplitsbaarheid van zijn *aveu* afgelegde bekentenis ten onrechte te zijnen nadeele heeft gesplitst, terwijl daarbij door hem geen daadzaken werden aangevoerd, welker valschheid werd beweerd, veelmin was bewezen, en evenmin a. 1605 B.-W. eene dergelijke splitsing wettigt;

„O. daaromtrent, dat, blijkens het bestreden vonnis, tusschen partijen geschil bestaat over de vraag, of de oorspronkelijk eischeresse, nu verweerderesse in cassatie, zeker perceel bouwland aan den oorspronkelijk ged., nu

eischer in cassatie, heeft verhuurd voor den prijs van *f* 150 in het jaar, dan wel of die huurprijs, zooals de nu eischer beweert, wel aanvankelijk *f* 150 heeft bedragen, doch in 1886 op *f* 120 is gebracht, welke som ook telken jare door de verhuurster zonder bemerking was aangenomen;

„O., dat de rechtb., niettegenstaande de nu eischer zich had beroepen op de onsplitsbaarheid zijner bekentenis, het bestaan van de huurovereenkomst tusschen partijen heeft aangenomen, op grond dat die door hem was erkend, en, met terzijdestelling van hetgeen door den nu eischer tot zijne bevrijding daarbij gevoegd was, aan de nu verweerderesse den eed opgelegd, bedoeld in a. 1605 B.-W.;

„O., dat hierdoor wel de bekentenis van den oorspronkelijk ged^{e}., is gesplitst, doch dat daardoor de wet nog niet is geschonden of verkeerd toegepast;

„dat toch, waar, zooals in deze, feitelijk vaststaat, dat partijen het eens zijn over het bestaan van de beweerde huurovereenkomst, waarvan niet blijkt dat zij schriftelijk is aangegaan; dat voorts de uitvoering dier huur sedert lang is begonnen, en dat er geen kwijting aanwezig is, — alle voorwaarden voorhanden zijn, die den rechter bevoegd maken om de beslissing ten aanzien van het eenig punt in geschil, de hoegrootheid namelijk van den huurprijs, te doen afhangen van de bewijsmiddelen in a. 1605 B.-W. genoemd;

„dat hiertegen niet kan afdoen, dat a. 1961 B-W. de splitsing der bekentenis verbiedt ten nadeele van de partij die haar heeft afgelegd, omdat a. 1605 B.-W., evenals het voorafgaand a. en enkele andere bepalingen van het burgerlijk en handelsrecht, een bijzonder voorschrift bevat, waarbij wordt afgeweken van de algemeene regelen van het bewijs;

„O., dat mitsdien het *eerste middel* van cassatie is ongegrond;

„O., dat als *tweede middel* is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 1605 B.-W., door te beslissen dat dit a. toepasselijk is wanneer alleen verschil bestaat over de hoegrootheid der huur, onverschillig of dat verschil loopt over den bij den aanvang der huur bedongen prijs, dan wel over eene beweerde, later ingetreden vermindering van dien prijs, terwijl dan ook *in casu* het geschil niet liep over den oorspronkelijken prijs der verhuring, maar over de vraag, hoeveel *per resto* ter zake der huur verschuldigd is;

„O., dat ook *dit middel* is ongegrond, omdat het eenig daarbij aangehaald wetsa. niet onderscheidt, of er geschil tusschen partijen bestaat over de hoegrootheid van den huurprijs, zooals die bij den aanvang van de huur is bedongen, dan wel over eene later ingetreden vermindering van dien prijs, zoodat het a. in beide gevallen van toepassing kan zijn;

„O., dat het *derde middel* luidt: „schending en verkeerde toepassing van de a. 1966, 1967, 1977, 1978 en 1605 B.-W., doordien het vonnis *a quo,* beslissende dat de rechter ambtshalve bevoegd is den verhuurder den eed, vermeld in a. 1605 B.-W. op te leggen, den daar geformuleerden eed aan eischeresse heeft opgedragen, en zulks terwijl de rechter slechts ambtshalve den eed kan opleggen in de bij de wet genoemde gevallen, waartoe de bepaling van a. 1605 niet behoort;

„O., dat *dit middel* is gericht tegen de beslissing der rechtb., waarbij aan de nu verweerderesse de eed, bedoeld in a. 1605 B.-W., ambtshalve wordt opgedragen, op grond dat dit a. niet voorschrijft, dat er een aanbod tot die eedsaflegging van den verhuurder moet uitgaan, doch de

rechter ambtshalve bevoegd is den verhuurder dien eed op te leggen, tenzij ged. heeft gebruik gemaakt van de hem bij voornoemd a. verleende bevoegdheid om de bepaling van den huurprijs aan de begrooting van deskundigen over te laten, wat *in casu* niet het geval is;

„dat deze beslissing is onjuist, omdat noch uit a. 1605 B.-W., noch uit eenige andere wetsbepaling volgt, dat de rechter ambtshalve, en dus zonder medewerking van een der partijen, aan den verhuurder den eed omtrent de hoegrootheid van den huurprijs kan opleggen;

„dat bovendien die bevoegdheid des rechters ook hierom niet kan worden aangenomen, omdat daardoor aan den huurder de keuze ontnomen wordt, die hem tusschen de beide bewijsmiddelen, in a. 1605 genoemd, gegeven is, vermits er voor hem geen aanleiding bestaat om zich daaromtrent te verklaren, zoolang de verhuurder zijnerzijds geen gebruik heeft gemaakt van het recht om te verlangen, dat hij op zijn eed zal worden geloofd;

„dat derhalve de rechtb., door ambtshalve den eed aan de nu verweerderesse op te dragen, terwijl niet was gebleken of een der partijen gebruik wenschte te maken van de exceptioneele bewijsmiddelen in a. 1605 B.-W. omschreven, dat a. verkeerd heeft toegepast, en het vonnis uit dien hoofde behoort te worden vernietigd;

„Vernietigt het vonnis op 15 Jan. 1895 door de arr.-rechtb. te Breda in deze zaak gewezen;

„Wijst de zaak terug naar de rechtb. voornoemd, om met inachtneming van dit arr. op nieuw te worden berecht en afgedaan;

„Veroordeelt de verweerderesse in de kosten op het beroep in cassatie gevallen."

N°. 3494. — Arrest van 7 November 1895.

(A. 22 K. — A. 1917, 1960, 1962 B.-W.)

Wordt door eene onderhandsche akte van vennootschap tegenover een derde bewezen, dat de vennootschap zou hebben bestaan vóór den dag der registratie dier akte? — NEEN.

Is door die beslissing een der bij het middel *van cassatie aangehaalde a., met name a.* 22 *K. geschonden?* — NEEN.

Is de beslissing, dat de zes door de eischeresse aan de gedaagde opgedragen eeden gezamenlijk als één geheel moeten worden beschouwd als ééne te beëedigen verklaring, waarvan de eischeresse de beslissing van het geding wil doen afhangen, feitelijk, — zoodat daartegen in cassatie niet kan worden opgekomen? — JA.

Is terecht, na de verdere feitelijke beslissing, dat slechts een gedeelte dier verklaring ter zake afdoende is voor de beslissing van de zaak, doch een groot deel daarvan voor dit geding niet afdoet, verklaard, dat de opgedragen eeden niet mogen worden opgelegd? — JA.

De Proc.-Gen. Mr. POLIS heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Het eerste van de twee in deze zaak voorgestelde *middelen* luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 16, 17, 22, 29 K., 1917, 1960 en 1962 B.-W. door, waar de nu verweerderes het bestaan eener vennootschap in het algemeen niet had ontkend, en door haar zelf was *gesteld,* en dus vaststaat, dat de ten processe bedoelde acte van vennootschap ter griffie van de arr.-rechtb. te Zutphen was ingeschreven, niet te onderzoeken wanneer, volgens die ingeschreven akte, de vennootschap een aanvang heeft genomen, doch te beslissen, dat eene vennootschap tegen derden geene kracht heeft voor den dag der registratie, en alzoo voor het bestaan eener vennootschap tegenover derden een vereischte aan te nemen, dat de wet niet kent.

„De eischeresse, firma Gebr. DE W., gevestigd te Zutphen, heeft van de verweerderes rekening en verantwoording

gevorderd ter zake van 16 wissels, die zij ter incasseering aan de verweerderes zou hebben gegeven.

„De verweerderes ontkende die wissels van de firma Gebr. DE W. ter incasseering te hebben ontvangen, ooit met die firma in eenige relatie te hebben gestaan, en dat, ten tijde dat de wissels haar zouden zijn ter hand gesteld eene vennootschap onder de firma Gebr. DE W. bestond.

„De eischeres heeft toen in het geding gebracht eene akte van vennootschap, gedagteekend 1 Febr. 1894, geregistreerd 9 Juli 1894 en ter Griffie ingeschreven 1 Septemb. 1894. En nu is de beslissing van de rechtb., dat door die akte niet bewezen is, dat de vennootschap onder de firma DE W. reeds bestond *toen de wissels, volgens de eischeres, ter incasseering aan de verweerderes zouden zijn gegeven*, vermits die wissels ter incasseering zouden zijn gegeven tusschen 9 Maart en 30 April (Mei) 1894, en de onderhandsche akte der vennootschap, door de eischeres overgelegd, welke eerst is geregistreerd den 9n Juli 1894, volgens a. 1917 B.-W., *ten aanzien harer dagteekening tegen derden* geene kracht kan hebben vóór den dag der registratie.

„Dat kan niet zijn in strijd met de in het *middel* genoemde wetsbepalingen. De regel, dat de gerechtelijke bekentenis volledig bewijs oplevert tegen dengene, die dezelve heeft afgelegd (a. 1960, 1962 B.-W.) kan door de rechtb. niet zijn miskend, vermits eene bekentenis, dat de vennootschap onder de firma Gebr. DE W. bestond *ten tijde van de beweerde overgifte ter incasseering van de wissels of dat de verweerderes wissels van die firma heeft ontvangen,* door de verweerderes niet is afgelegd. De a. 16 en 17 K. raken de beslissing van de rechtb. niet. Noch daaruit, noch uit eenig ander der in het *middel* genoemde wetsa. kan worden afgeleid, dat de inschrijving der akte van vennootschap ter griffie kan strekken ten bewijze *tegenover derden,* dat de ven-

nootschap *op een aan de registratie der ingeschreven akte anterieur tijdstip* is ingegaan. En a. 1917 B.-W. is door de rechtb. niet verkeerd toegepast. Want, wel volgt uit de a. 22 en 29 K., dat de vennootschap onder firma, ook bij gebreke van eene akte, bestaan kan, en dat dit door derden, met alle middelen rechtens kan bewezen worden, zooals de H.-R. besliste bij arr. van 15 Oct. 1891 (*Ned. Rechtspr.* CLIX, 33; v. d. Hon., *B.-R.* LVII, 296), maar daaruit volgt niet, dat, waar men, om het aangaan *op zeker tijdstip* van eene vennootschap onder firma *tegenover derden* te bewijzen, zich op eene onderhandsche akte van vennootschap beroept, die akte ook vóór hare registratie en vóór het bestaan van een der gevallen in a. 1917 B.-W. genoemd, *tegenover die derden date certaine* zoude hebben.

„Het *tweede middel* stelt: schending en verkeerde toepassing van de a. 1966 en 1967 B.-W. door, waar vaststaat dat de nu eischeres zes eeden heeft opgedragen, die zes eeden ten onrechte als één eed te beschouwen, en, niettegenstaande wordt overwogen, dat een gedeelte dier eeden ter zake afdoende is voor de beslissing van de zaak, toch te beslissen, dat al de opgedragen eeden niet kunnen worden opgelegd.

„De grief is dus niet, dat, ook indien de zes eeden moeten worden beschouwd als één eed, de rechtb. niet mocht weigeren dien eed voor een gedeelte op te leggen; de eischeres beklaagt zich alleen daarover, dat hare opdracht van zes eeden, waarvan sommige ter zake afdoende zijn, door de rechtb. is beschouwd als ééne te beëedigen verklaring, waarvan de eischeresse de beslissing van het geding wil doen afhangen. Maar die appreciatie is feitelijk en daarom is ook het tweede *middel* ongegrond.

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van de eischeres in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.,

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O. dat als *eerste middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 16, 17, 22 26 en 29 K. en de a. 1917, 1960 en 1962 B.-W., door, waar de nu verweerderesse het bestaan eener vennootschap in het algemeen niet had ontkend, en door haar zelf was gesteld, en dus vaststaat, dat de ten processe bedoelde akte van vennootschap ter griffie der arr.-rechtb. te Zutphen was ingeschreven, *niet* te onderzoeken, wanneer, volgens die ingeschreven akte, de vennootschap een aanvang had genomen, doch te beslissen, dat eene vennootschap tegen derden geen kracht heeft vóór den dag der registratie, en alzoo voor het bestaan eener vennootschap tegenover derden een vereischte aan te nemen, dat de wet niet kent;

„O. hieromtrent, dat bij het bestreden vonnis niet is beslist, zooals in het *middel* wordt beweerd, dat eene vennootschap tegen derden geen kracht heeft vóór den dag der registratie van de akte van vennootschap, zoodat het *middel* in zooverre den feitelijken grondslag mist;

„dat bij het vonnis echter met juistheid is beslist, dat door de overgelegde onderhandsche akte van vennootschap tegenover de gedaagde niet bewezen is, dat de vennootschap zoude hebben bestaan vóór den dag der registratie dier akte, als hebbende deze vóór dien dag, volgens a. 1917 B.-W., ten aanzien harer dagteekening, tegen derden geen kracht;

„O., dat er na deze beslissing geen aanleiding bestond, om, zooals het *middel* schijnt te bedoelen, nog te onderzoeken, wanneer overigens, volgens de ingeschreven akte, de vennootschap een aanvang zou hebben genomen;

„O. voorts, dat door die beslissing geen der bij het *middel* aangehaalde a. is geschonden, met name niet a. 22 K.

waarbij nog wordt bepaald, dat het gemis eener akte niet kan worden tegengeworpen aan derden, zoodat deze hunnerzijds het bestaan eener vennootschap ook zonder akte zouden mogen bewijzen, - welk geval in deze niet aanwezig is, — en evenmin de a. 1960 en 1962 B.-W., omdat de verweerderesse het bestaan der vennootschap op het door de eischeresse beweerde tijdstip, niet had erkend, maar uitdrukkelijk ontkend, zoodat het *eerste middel* is ongegrond;

„O., dat als *tweede middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 1966 en 1967 B.-W., door, waar vaststaat dat de nu eischeresse aan de oorspronkelijk ged., nu verweerderesse, *zes* eeden heeft opgedragen, die zes eeden ten onrechte als één eed te beschouwen, en, niettegenstaande bij het vonnis *a quo* wordt overwogen, dat een gedeelte dier eeden ter zake afdoende is voor de beslissing van de zaak, toch te beslissen, dat *al* de opgedragen eeden niet kunnen worden opgelegd;

„O., dat dit *middel* is gericht tegen de beslissing der rechtb., dat de zes, door de eischeresse aan de ged. opgedragen eeden gezamenlijk als één geheel moeten worden beschouwd, als ééne te beëedigen verklaring, waarvan de eischeresse de beslissing van het geding wil doen afhangen;

„O., dat deze beslissing is feitelijk, waartegen in cassatie niet kan worden opgekomen;

„O. dat voorts de rechtb., na de verdere feitelijke beslissing, dat slechts een gedeelte dier verklaring ter zake afdoende is voor de beslissing van de zaak, doch een groot deel daarvan voor dit geding niet afdoet, te recht heeft verklaard, dat de opgedragen eeden niet mogen worden opgelegd, omdat de beslissing van het geding niet mag worden afhankelijk gesteld van het beëedigen van feiten, die voor het geschil tusschen partijen niets ter zake afdoen;

„dat derhalve ook het *tweede middel* is ongegrond;
„Verwerpt het beroep in cassatie;
„Veroordeelt de eischeresse in de kosten."

No 3495. — Arrest van 14 Nov. 1895.

(A. 719 B.-W.),

Zijn reeds twee geburen te beschouwen als de „verscheiden" geburen, bij a. 719 *B.-W. bedoeld?* — JA.

Verklaart deze wetsbepaling voor het bestaan van den uitweg een gemeenschappelijk gebruik voldoende, zonder te onderscheiden aan wien de eigendom van den grond behoort? — JA.

Namens den Proc.-gen. heeft den Adv.-gen. VAN MAANEN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Bij de oorspronkelijke dagvaarding was door den eischer in cassatie geposeerd, dat een voetpad, zijnde een buurweg, loopende van het erf van de gedn, door hen in strijd met het voorschrift van a. 719 B.-W. door het plaatsen van een getimmerte was afgesloten geworden.

„De rechtb. overwoog, dat de eischer stelt, dat hij is aangrenzend eigenaar, en dat daarom zijne huurders niet kunnen meetellen als geburen in den zin der wet, evenmin als zekere heer v. d. L.; dat dus als *verscheiden* geburen overblijven de eischer, eigenaar van de aangrenzende perceelen en de gedn; dat, al neemt men aan, dat het *aantal* geburen onverschillig is, en dat alzoo eischer en gedn dien weg samen kunnen hebben, de wet dan nog vereischt, dat de weg aan hen gemeen is, d. i. niet gemeen *in gebruik,* maar gemeenschappelijk eigendom. Vermits het bewijs daarvoor niet was geleverd, en niet uit de gestelde daadzaken kon voortvloeien, ontzegde de rechtb. de vordering.

„In hooger beroep vereenigde zich het Hof niet met den grond van beslissing, door den eersten rechter aangenomen. In overeenstemming met de jurisprudentie van den H.-R. (arr. van 3 Jan. 1845, 17 Januari 1879 en 1 Mei 1884, *N. Rechtspr.* XIX, 275; CXXI, 67 en CXXXVII, 1; v. d. Hon. *B.-R.* VI, 248, XLIV, 9; en XLIX, 369) neemt het Hof aan, dat *gebruik* van een weg ten behoeve van onderscheidene daaraan gelegen op hieraan grenzende eigendommen, voor dat bestaan reeds voldoende is te achten.

„Dat punt maakt echter geen deel uit van het debat in deze cassatie-procedure. Het Hof vereenigt zich echter met het dictum van het vonnis, op den eerst aangevoerden grond, dat er hier geen verscheidene geburen zijn, aan wie de weg zou toebehooren, dewijl a. 719 bedoelt eigenaren der naburige erven, zoodat de eischer met zijne huurders één is en perceel no. 1083 (v. d. L.) niet naburig is.

„Het arr. laat zich niet uit over de bij het vonnis in het midden gelaten vraag, of het *aantal geburen* onverschillig is, zoodat eiseher en ged^{e} twee geburen kunnen zijn, vallende in a. 719 B.-W.

„Als *middel* van cassatie is tegen die uitspraak aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van a. 719 B.-W., doordat het Hof ten onrechte aanneemt, dat onder *verscheidene* geburen meer dan twee te verstaan zijn, en daarvoor niet voldoende acht, dat er twee zijn, te weten: hij, die vordert en degeen van wien gevorderd wordt.

„Zooals dit *middel* geformuleerd is, is het geheel in overeenstemmnig met het arr. van 1884, houdende: dat het woord *verscheidene* te algemeen is om daaraan het denkbeeld van een getal te verbinden en handhaving der gemeenschappelijke belangen door rechtelijke tusschenkomst evenzeer noodig is, waar twee, als waar meer strijdende belanghebbenden zijn.

„Daartegen is in hoofdzaak in het midden gebracht: dat dit *middel in prima* en in appèl niet is aangevoerd, en het arr. *a quo* daaromtrent dan ook geen beslissing inhoudt.

„Met den verw. geloof ik, dat hier een *novum* is te berde gebracht, want de rechtb. stelt *sua sponte* de quaestie en beantwoordt haar niet, terwijl het Hof de vraag niet aanroert, en het mede niet blijkt, dat zij door den eischer is aangevoerd.

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.,

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O., dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van a. 719 B.-W., doordat het Hof bij het beklaagde arr. ten onrechte aanneemt, dat onder „verscheidene geburen" meer dan twee te verstaan zijn en daarvoor niet voldoende acht dat er twee zijn, te weten: hij die vordert en degeen van wien gevorderd wordt;

„O., dat na den, door partijen bij rechtb. en Hof gevoerden strijd, of de ten processe bedoelde weg in den zin van a. 719 B.-W. aan *verscheiden* geburen gemeen was, door het Hof bij het bestreden arr. de reeds in eersten aanleg uitgesproken ontzegging van de, door den eischer op voormeld a. gebouwde vordering is bevestigd,

„O., dat beide beslissingen in hoofdzaak berusten op de overw., dat de geburen, — wier gemeenschappelijk gebruik voor het bestaan van den bij dat a. bedoelden uitweg wordt vereischt, — zijn geburen-*grondeigenaren*, en dat dus de huurders van een deel van eischers perceelen buiten aanmerking moesten blijven; dat dit met het land van den heer v. D. L., waarop de eischer ook beroep had gedaan, evenzeer het geval was, omdat dit land niet naburig, maar verderaf gelegen was, en dat dus voor het gebruik van den beweerden uitweg, nevens de verweerders, —

eigenaren van den grond, waarover de beweerde uitweg zou loopen, — slechts overblijft de eischer, zijnde, evenals de gezamelijke verweerders, naburig grondeigenaar;

„O., dat in de hierop gevolgde ontzegging van eischers vordering noodwendig ligt de beslissing, dat twee partijen-geburen niet zijn aan te merken als de „verscheiden" geburen, bij voormeld a. bedoeld, met andere woorden, dat hiertoe het aantal van twee niet voldoende is;

„O., nu, dat deze beslissing terecht bij het *cassatie-middel* wordt bestreden;

„O., toch, dat het woord „verscheiden" in a. 719 B.-W. is te algemeen, om daaraan het denkbeeld van eenig bepaald getal te verbinden, terwijl eene bedoeling des wetgevers om daarmede den eisch van meer dan twee geburen te stellen, ook niet aannemelijk is, omdat handhaving der gemeenschappelijke belangen door rechterlijke tusschenkomst even noodig is, waar twee, als waar meer strijdende belanghebbenden zijn;

„O., dat de eigendom, in deze, der verweerders aan den grond, waarover de beweerde uitweg zou loopen, tegen deze uitlegging van het a. niet afdoet, omdat deze wetsbepaling voor het bestaan van den uitweg een gemeenschappelijk gebruik voldoende verklaart, zonder te onderscheiden aan wien de eigendom van den grond behoort;

„O., dat dus het voorgestelde *middel* van cassatie is gegrond;

„Vernietigt het arr. door het Gerechtshof te Leeuwarden den 16^n Jan. 1895 in deze zaak gewezen;

„Gezien a. 424 B.-R.;

„Verwijst de zaak naar voormeld Gerechtshof, ten einde, met inachtneming van deze uitspraak, verder te worden behandeld en beslist;

„Veroordeelt de verweerders in de kosten van cassatie."

N°. 3496. — Arrest van 21 November 1895.

(A. 780, 348; a. 1901, 1902; a. 76 K.)

Kunnen, door de beslissing dat, waar het geldt het hooger beroep van een vonnis, waarbij eene rekening is vastgesteld, de bij dat beroep aangevulde rekening en verantwoording van rendant, vermeldende allerlei nieuwe posten en gestaafd door allerlei nieuwe bescheiden „geen onderwerp van debat meer kan uitmaken, als vallende buiten het debat van rekening, 't welk thans, daar niet het afleggen van eene nieuwe rekening wordt gelast, voorgoed is gesloten", — de a. 780 en 348 B.-R. zijn geschonden of verkeerd toegepast? — NEEN.

Is, in een rekening-proces, waarin van weerszijden posten van ontvangst en van uitgaven worden gesteld, de erkenning door eene van de partijen van posten van de wederpartij, met tegenstelling van andere posten, eene bekentenis, vergezeld van tot bevrijding aangevoerde daadzaken? — NEEN.

Moeten die tegenovergestelde posten als tegenvorderingen worden beschouwd? — JA.

Begaat de rechter die een erkenden post aanneemt, doch een daartegenover gestelden verwerpt, een ongeoorloofde splitsing van bekentenis? — NEEN.

Kan eene in hooger beroep overgelegde Memorie van grieven in cassatie worden onderzocht, voor zoover haar inhoud niet in het arr. is opgenomen? — NEEN.

Kan er van eene omkeering van bewijslast, in strijd met a. 1902 B.-W., sprake zijn, waar de rechter in hooger beroep heeft beslist, dat zekere door den rendant in uitgaaf gestelde post „als voor het eerst in appèl te berde gebracht", geen punt van onderzoek kon uitmaken, en slechts subsidiair er heeft bijgevoegd, dat die post, bij ontkentenis door gerendeerde, niet was bewezen? — NEEN.

Moet 's rechlers opvatting van de tusschen partijen bestaan hebbende verhouding in cassatie worden geëerbiedigd? — JA.

Namens den Proc.-Gen. heeft de Adv.-Gen. VAN MAANEN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De eischer in cassatie is geweest agent van de verweerderesse tot het verkoopen van margarine-boter, krachtens tusschen hen gesloten overeenkomst, te beginnen 1e October 1889, welke in Juli 1891 door minnelijke ontbinding een einde heeft genomen.

„Op de vordering van verweerdster tot het doen van rekening en verantwoording heeft de nu eischer, op last der rechtb. te Amsterdam, overgelegd eene rekening en verantwoording, aanvangende 1e Januari 1890.

„De gerendeerde heeft zijnerzijds eene rekening overgelegd, aanvangende 1e Oct. 1889, en de rechtb. heeft het saldo van rekening vastgesteld.

„Van die uitspraak is de rendant van rekening gekomen in hooger beroep, en heeft toen, onder aanvulling zijner rekening en verantwoording over het tijdperk van 1e Oct. 1889 tot Juli 1891, met overlegging van nieuwe bescheiden, de vernietiging van het vonnis *a quo* gevorderd.

„Het Hof besliste echter, dat tot grondslag van berekening zijn genomen de cijfers van *gerendeerde,* vervat, wat de ontvangsten betreft, getrokken vóór 1890 uit de weeklijsten van den *rendant,* aan den gerendeerde ingezonden, en later uit de verkoopstaten, die rendant aan de firma overmaakte; dat die wijze van berekening zijn grond vindt in het gemis van eene behoorlijke rekening over de eerste drie maanden van rendants beheer en administratie, terwijl bovendien de juistheid der cijfers in beide instanties niet is betwist. Op dien grond oordeelt het Hof te moeten voorbijgaan, de op een anderen grondslag opgemaakte rekening en verantwoording ook over 1889, vermeldende allerlei posten, gestaafd met nieuwe bescheiden, die bij den eersten rechter geen onderwerp van debat hebben uitgemaakt, en dat de verschillende posten, gedurende dat tijdsverloop in rekening gebracht, geen punt van onderzoek

in appel kunnen uitmaken, terwijl zij meer als grieven tegen eigen rekening dan tegen het vonnis zijn aan te merken.

„Het Hof zet dus ter zijde al de nieuwe becijferingen, die het herrekeningen noemt, welke a. 780 B.-R. uitdrukkelijk verbiedt.

„Het eerste *middel* van cassatie luidt: schending en verkeerde toepassing van de a. 780 en 348 B.-R., omdat het Hof beslist, dat de door appellant (thans eischer) aangevulde rekening en verantwoording geen onderwerp van debat meer kan uitmaken. Tot toelichting daarvan is in het midden gebracht, dat wel is waar bij eerstgenoemd a. evenals bij a. 541 van den *Code de Proc.-Civ.,* geen herrekening (*revision*) is toegestaan, maar dat zulks niet ziet op het geding in hooger beroep, waar krachtens a. 348 voormeld, nieuwe weren van rechten mochten worden ingebracht. Hij beroept zich daarbij op DALLOZ, *Répertoire* in voce *Compte* n° 191, Dl. II, bl. 566, en de daar aangehaalde schrijvers CARRÉ en THOMINE. Mij komt dit ongegrond voor; reeds dadelijk, omdat a. 780 alleen spreekt van misslagen van berekening, weglatingen, valsche of dubbel gebrachte posten, waarover *dezelfde* rechter heeft te oordeelen. Hier daarentegen geldt het eene geheel nieuwe rekening, een juist bij het a. verboden herrekening, weshalve ik van oordeel ben, dat zoo er al van toepassing van a. 780 sprake kan zijn, het juist is toegepast. Bij ontleding van het karakter van een rekenings-proces, komt het hierop neder, dat partijen over en weder zoovele vorderingen tegen elkander inbrengen, als er posten zijn op de wederzijdsche rekeningen, welke door middel van bescheiden als anderzins kunnen worden bestreden of opgelost.

„Daaruit volgt, dat waar elke *révision de compte* ten strengste is uitgesloten, zoo zelfs, dat dit voorschrift volgens

sommige schrijvers (CARRÉ ed. CHAUVEAU Dl. 3, bl. 591 1886, n° 3) geacht wordt te zijn *d'ordre public,* het appel van het vonnis daarin geen verandering kan brengen, en dit enkel en alleen kan betreffen die posten, waarover *in prima* het debat heeft geloopen, ten aanzien van welke nieuwe weren voor rechten kunnen worden ingebracht. Deze kunnen nader worden gestaafd of weêrsproken door in appel voorgebrachte bewijsmiddelen. Verder strekt het hooger beroep zijne werking niet uit. A. 348 laat daartegenover niet toe, dat in appel de rekening met nieuwe posten worden aangevuld; welke voor den eersten rechter niet zijn gedebatteerd, het verbiedt juist het doen van elken eisch (behoudens de genoemde uitzonderingen, waarvan hier geen sprake is), want daardoor zou de partij van eene hem door de wet toegekende instantie worden beroofd.

„De beslissing van het Hof is dus geheel in overeenstemming met het beginsel der wet, welke eindelooze rekenings-processen voor goed wilde afsnijden. FAVARD zeide: in het *Corps législatif:* les demandes en révision de compte, ces demandes ruineuses, plus inextricables souvent que les comptes mêmes, sont *abolies.* (LOCRÉ XXII, p. 614). En wat nu aangaat de geciteerde schrijvers, naar mijne bescheiden meening is door hen alleen besproken de al of niet bevoegdheid van den hoogeren rechter om kennis te nemen van eene *demande en redressement*, qui forme une *action principale nouvelle*, die alleen van invloed is op het verschuldigd bedrag, maar waarvan de eerste rechter niet gesaississeerd is geweest, (CARRÉ, 1885, n° 5).

„Het beroep op de jurisprudentie gaat ook niet op, want het Hof van Zeeland (arr. v. 18 Oct. /6 Dec. 1864, Bijblad 1865, bl. 766) zegt, dat de betwisting en verdediging van posten *beperkt* blijft tot de zoodanige, waarvan de rechter in eersten aanleg door partijen, die niet konden overeen

stemmen, is gesaisisseerd geworden en waarover hij zijn oordeel heeft uitgesproken, terwijl bij het overgelegd arr. van het Hof van Amsterdam dd. 30 Mei 1890 werd beslist: dat er enkel waren overgelegd *staten,* en gelast dat eene behoorlijke rekening en verantwoording, in den vorm bij de wet voorgeschreven, was af te leggen, gelijk de rechtb. had bevolen. Van gelijke strekking is het arr. van het Hof van Drenthe van 14 Dec. 1872 *Rechtgel. Bijbl.* 1873, bl. 129.

„Met opzicht tot de posten, waarover *in prima* gedebatteerd is, zegt het Hof: dat appellant beweert slechts bezwaard te zijn door de beslissing van de rechtb., betreffende de provisie-rekening, en wel 1°, door de wijze waarop de provisie is berekend, 2°, door het niet toestaan van provisie voor sub-agenten, en het weigeren van administratie-loon.

„Doch beide bezwaren zijn door Hof op feitelijke gronden ter zijde gesteld en behoeven dus in cassatie niet te worden onderzocht.

„Ik acht dus dit *middel* niet aannemelijk.

„Het *tweede middel* heet: schending van a. 1961 B.-W. op drie gronden.

„Al dadelijk komt het mij, met het oog op den aard van een rekenings-proces, vreemd voor, dat daarbij van eene bekentenis met een adject sprake kan zijn, en zeer zeker is dit niet het geval, waar, gelijk *sub a,* de bewering deze is, dat zoo een post, die gerendeerde op de rekening verlangt gebracht te zien, beantwoord wordt met de bewering dat dan ook een andere post als aequivalent daarop moet worden gebracht, dat is eene bloote tegenvordering, geen adject van beteekenis.

„Bovendien ontbreekt hier, evenals *sub b,* de feitelijke grondslag, omdat de grieven tegen het vonnis *a quo* voorgebracht, alleen zijn: de twee in de 11e overw. van het arr.

weerlegd genoemd, en deze zijn in het arr. weerlegd en ongefundeerd geoordeeld, terwijl alleen wat uit de Memorie van grieven, in het arr. is vermeld en uitdrukkelijk overgenomen, in aanmerking kan komen bij het onderzoek in cassatie."

„Het bezwaar *sub c* steunt evenmin op de feitelijke beslissing; er is geen bekentenis gesplitst. Het betreft hier eenvoudig de grief van de incidenteel appellante. (O. 16 *sub* 3°), dat bij het opmaken der provisie-rekening was voorbijgezien, dat de provisie over 1889 reeds was genoten, in Overw. 21 gegrond geoordeeld met het argument, dat bij de Memorie van contra-debat door rendant is verklaard, dat hij die provisie reeds had ontvangen. Daarbij was geenerlei restrictie gevoegd, en het geldt hier dat deel der gestie, en dat tijdsverloop, waarover geene rekening was gedaan.

„Het *derde middel* is: schending van a. 161 Grw. en 20 R.-O., omdat niet is gemotiveerd het oordeel, waarom geen provisie mocht worden berekend, over verkochte, — maar teruggezonden boter.

„*Subsidair*: schending van a. 76 K. en van de a. 1482—1492 B.-W.

„Volgens den 12en Considerans van het arr. was de appellant door de berekening der provisie niet bezwaard, omdat hem een hooger bedrag was toegekend dan door hem was in rekening gebracht; hij heeft dus bij dit *middel* van cassatie geen belang.

„Voorts zegt het Hof, dat het *met den eersten* rechter van oordeel is, dat de provisie moet berekend worden over *verkochte en betaalde,* en dus niet over teruggezonden boter; daarin ligt van zelf opgesloten, dat die uitspraak berust op dezelfde gronden, door de rechtb. aangevoerd.

„Het geldt hier, evenals bij het subsidiaire *middel,* eene feitelijke appreciatie van de tusschen partijen bestaan hebbende overeenkomst; en het loon, dat hij zich als *commis-*

sionair wilde toegekend zien stuit af op zijn eigen *positum*, dat hij was *dépothouder*.

„Geen der aangevoerde *middelen* mij aannemelijk voorkomende, concludeer ik tot verwerping der voorziening, met veroordeeling van den eischer in de kosten.”

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.,

Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O., dat, blijkens het beklaagde arr., op de vordering van de verweerderesse, waarbij was gesteld, dat zij, te beginnen met 1 Oct. 1889, onder tusschen partijen overeengekomen voorwaarden, den nu eischer had aangesteld als agent tot het verkoopen van door haar gefabriceerde margarine-boter, en dat de eischer, als zoodanig, werkzaam was geweest tot in Juli 1891, aan den nu eischer, bij vonnis der arr.-rechtb. te Amsterdam, is gelast te doen rekening en verantwoording van het door hem als agent of, zooals de eischer zich zelf beschouwt, dépot-houder, gevoerd beheer en gehouden administratie over de, hem door de verweerderesse ten verkoop toegezonden margarine-boter;

dat, ten gevolge van dat vonnis de nu eischer heeft overgelegd eene rekening en verantwoording, aanvangende op 1 Jan. 1890;

dat, na door de verweerderesse overgelegde tegenrekening, debat en contra-debat, bij vonnis van genoemde rechtb. het saldo der rekening is vastgesteld, waarbij de rechtb. voor de ontvangsten en uitgaven, gedurende het tijdvak van 1 Oct. 1889 tot 1 Jan. 1890, tot grondslag heeft genomen de door de verweerderesse overgelegde, haar door den nu eischer ingezonden weeklijsten, ten aanzien van welke de juistheid van de cijfers door den nu eischer niet was betwist;

dat de eischer, bij het door hem tegen dat vonnis inge-

steld hooger beroep, zijne rekening en verantwoording heeft aangevuld over het tijdperk van 1 Oct. 1889 tot 1 Jan. 1890, en zulks met mededeeling van nieuwe bescheiden, doch dat het Hof bij het beklaagde arr. deze „poging om op anderen grondslag berekeningen te vestigen" heeft voorbijgegaan en beslist heeft, dat „de thans aangevulde rekening en verantwoording van rendant, vermeldende allerlei nieuwe posten en gestaafd door allerlei nieuwe bescheiden, geen onderwerp van debat meer kan uitmaken, als vallende buiten het debat van rekening, dat thans, daar niet het afleggen van eene nieuwe rekening wordt gelast, voorgoed is gesloten";

„O., dat tegen deze beslissing het *eerste middel* van cassatie is gericht, luidende: schending en verkeerde toepassing van de a. 780 en 348 B.-R., omdat het Hof heeft beslist, dat de door appellant, thans eischer in cassatie, aangevulde rekening en verantwoording geen onderwerp van debat meer kon uitmaken;

„O. dienaangaande, dat a. 780 B.-R. niet kan geschonden of verkeerd toegepast zijn, daar dat wetsartikel slechts op het oog heeft herrekening, dat is herziening of verbetering van eene definitief vastgestelde rekening, op grond van misslagen van berekening, weglatingen, valsche of dubbel geboekte posten, waarvan de herstelling alleen voor dezelfde rechters kan gevorderd worden, terwijl het in deze geldt het hooger beroep van een vonnis, waarbij in eersten aanleg eene rekening is vastgesteld;

„O., dat evenmin in strijd met arr. 348 B.-R. is beslist, welk a. wel toelaat in hooger beroep nieuwe weren van rechten in te brengen, doch een nieuwen eisch verbiedt, als hoedanig eene rekening, volgens de feitelijke beslissing in het arrest, aangevuld over een tijdvak waarover zij, zooals zij in eersten aanleg was gedaan en gedebatteerd,

niet had geloopen, en „vermeldende allerlei nieuwe posten en gestaafd door allerlei nieuwe bescheiden", moet worden beschouwd;

„O., dat als tweede *middel* van cassatie is aangevoerd: schending van a. 1961 B.-W.:

a., omdat het Hof, met de rechtbank het saldo der rekening over 1889, als door de erkentenis van rendant, thans eischer, vaststaande, heeft gesteld op het daarvoor aangenomen bedrag van *f* 997.34[5], doch daarbij uit het oog heeft verloren, dat rendant, thans eischer, wel erkende, dat met dit bedrag het cijfer der uitgaven moest worden verminderd, maar daaraan uitdrukkelijk toevoegde, dat die uitgaven behoorden verhoogd te worden met hetgeen door gerendeerde, hoofdzakelijk door eigen incasseering buiten rendant om, als aequivalent werd ontvangen, wat rendant later bij zijne Memorie van grieven in appel nader en volledig deed uitkomen;

b., omdat het Hof, — en hier bovendien met schending van art. 1902 B.-W., — met de rechtbank de verkoopstaten (als wederzijds erkend) voor de vaststelling van het cijfer der ontvangsten gebruikte, doch hierbij over het hoofd zag, dat rendant, thans eischer, die verkoopstaten slechts had erkend met de uitdrukkelijke toevoeging, dat niet alle uitstaande posten waren geïncasseerd, wat hij bij zijne Memorie van grieven nader aandrong door de opgaaf dier niet geïncasseerde posten, terwijl het Hof, weigerende die toevoeging in overweging te nemen, door daaraan daarenboven toe te voegen, dat die posten, als niet door gerendeerde, (thans verweerderesse), erkend, niet bewezen waren, over het hoofd zag, dat waar, als *in casu,* tusschen partijen *in confesso* was, dat geen „del credere" bedongen was, de bewijslast, dat die posten wel waren geïncasseerd, niet op rendant, maar op gerendeerde rustte;

c., omdat het Hof gebruik heeft gemaakt van rendants erkenning, dat de provisie over 1889 ontvangen was, om die provisie afzonderlijk te berekenen, en dus die erkenning geheel af te scheiden vooreerst van het door app., thans eischer, erkend bedrag dier provisie van f 101.59, en dan van zijne geheele bewering, dat de gestie over 1889 geheel was verantwoord door het in zijne rekening opgenomen door gerendeerde erkend saldo van f 311.04;

„O. dienaangaande, dat in een rekening-proces, waarin van weerszijden posten van ontvangst en van uitgaven worden gesteld, de erkenning door eene van de partijen van posten van de wederpartij, met tegenstelling van andere posten, niet is eene bekentenis, vergezeld van tot bevrijding aangevoerde daadzaken, doch dat die tegenovergestelde posten als tegenvorderingen moeten worden beschouwd, zoodat de rechter, door een erkenden post aan te nemen, doch een daartegenover gestelden te verwerpen, niet begaat eene ongeoorloofde splitsing van eene bekentenis;

„O., dat overigens, in de veronderstelling dat in het onder deel *a* van het *middel* bedoeld worden de 16e, 21e en 26e overw. van het arr., waarbij als het bedrag der uitgaven over 1889 wordt aangenomen f 997.34[5], de beweringen omtrent hetgeen het Hof bij het vaststellen van dien post uit het oog zou verloren hebben, geen steun vinden in het arr. daar de, door den nu eischer in hooger beroep overgelegde Memorie van grieven, waarnaar de eischer verwijst, in cassatie niet kan worden onderzocht, voor zoover haar inhoud niet in het arr. is opgenomen, hetgeen ten aanzien van die beweringen niet het geval is;

„O., dat hetzelfde geldt ten aanzien van het onderdeel *b* van het *middel,* gericht tegen het niet aannemen door het Hof van een door den nu eischer in uitgaaf gestelden post van f 2632.89[5] „voor alsnog in te vorderen bedragen"

(9e in verband met de 25e overw.); terwijl bij dit onderdeel ook ten onrechte beweerd wordt, dat het Hof daarbij, in strijd met a. 1902 B.-W., den bewijslast, die volgens den eischer op de verweerderesse zou rusten, zou hebben omgekeerd, daar het Hof verklaart, dat die post, „als voor het eerst in appel te berde gebracht", geen punt van onderzoek kon uitmaken, en slechts subsidiair er bijvoegt, dat hij, bij ontkentenis door gerendeerde, niet was bewezen;

„O., dat het onderdeel sub *c* van het *middel* betreft de 21e, in verband met de 16e en 29e overw. van het arr., waarbij het Hof de erkentenis van den nu eischer aanneemt, dat hij de provisie over 1889 reeds had ontvangen, doch dat ook voor de, in dat onderdeel vermelde tegenbeweringen van den eischer, zooals zij daarbij worden geformuleerd, in het arr. de feitelijke steun ontbreekt;

„O., dat als *derde middel* van cassatie is voorgesteld: schending van a. 161 Grw. en van a. 20 R.-O., omdat het Hof niet heeft aangegeven de gronden waarom het van oordeel was, dat de provisie over de verkochte, doch later teruggezonden boter niet moest worden berekend; en subsidair, voor het geval de H.-R. mocht oordeelen, dat het Hof ten deze stilzwijgend de motieven der rechtb. heeft overgenomen, of die motiveering overbodig was: schending van a. 76 K. en van a. 1417 en de a. 1482 tot en met 1492 B.-W., omdat, waar de wet den commissionair loon voor de door hem verrichte zaken van koophandel toekent, dit hem niet kan onthouden worden als of de tot stand gebrachte verkoopen van den aanvang af nietig en niet bestaande waren, omdat zij, — naar feitelijk vaststaat, — later werden ontbonden:

„O. dienaangaande, dat de beslissing in de 12e overw., waarbij het Hof verklaart met den eersten rechter, — dus op dezelfde gronden als in het vonnis van den eersten rechter

waren opgenomen, — van oordeel te zijn, dat de provisie moet worden berekend over verkochte en betaalde, dus niet over teruggezonden boter, inderdaad inhoudt de gronden waarop zij berust, en overigens gegrond is op 's Hofs opvatting van de tusschen partijen bestaan hebbende verhouding, welke opvatting in cassatie moet worden geëerbiedigd;

„O., dat op denzelfden grond ook onaannemelijk is de bij dit *middel* subsidiair beweerde schending van a. 76 K., te meer daar de nu eischer, blijkens de eerste overw. van het arr., zich zelf niet als commissionair, doch als dépothouder heeft beschouwd;

„O., dat mitsdien de voorgestelde *middelen* van cassatie zijn ongegrond;

„Verwerpt het beroep en veroordeelt den eischer in de kosten."

No. 3497. — Arrest van 28 November 1895.

(A. 845. v. K.; a. 1902, B.-W.; a. 5 pr. en no. 3 B.-R.)

Kan het middel *van cassatie,* uitsluitend *gericht tegen een arr. voor zooveel de eischer in cassatie daarbij niet-ontvankelijk is verklaard in zijn verzet tegen de homologatie van een accoord, ook al is het gegrond, leiden tot cassatie van dat arr., indien daarbij ook is bevestigd de in eersten aanleg uitgesproken homologatie van het accoord?* — NEEN.

In deze zaak heeft de Proc.-Gen., Mr. POLIS, de volgende conclusie genomen:

„Het, tot staving van dit beroep voorgestelde *middel* luidt: schending of verkeerde toepassing van de a. 845, 846, 847 K., a. 1902 B.-W. en a. 5 *pr.* en n° 3 B.-R., doordien bij het beklaagde arr. is aangenomen, dat, waar bij het exploit van verzet tegen de homologatie van een accoord niet is gesteld, dat de opposant was erkend, niet tot het accoord toegetreden crediteur, het al of niet bewe-

zene van deze qualiteiten niet behoort te worden onderzocht, maar de opposant wegens het niet stellen van zijne qualiteit, die hem recht tot verzet kon geven, in zijn verzet moet worden verklaard niet-ontvankelijk.

„Met de a. 846 en 847 K. is de bij het *middel* bedoelde beslissing zeker niet in strijd; daardoor is ook niet miskend de regel van a. 1902 B.-W. omtrent den bewijslast en a. 5 B.-R. kan daardoor, ook analogice, niet verkeerd zijn toegepast, vermits het Hof het exploit van verzet niet wegens informaliteit nietig, maar het verzet niet-ontvankelijk verklaard heeft. Maar is de stelling van het arr. dan in strijd met a. 845 K.? Ja, zegt de eischer, omdat het Hof den opposant verkort heeft in het hem, krachtens dat a., toekomende recht, door een materiëel vereischte voor de bevoegdheid tot verzet om te zetten in een formeel vereischte. Dat heeft het Hof echter niet gedaan. Niet omdat de vermelding in het exploit van verzet, dat de opposant is erkend, niet tot het accoord toegetreden crediteur, zou zijn eene formaliteit, door de wet voorgeschreven, maar omdat alleen de erkende, niet tot het accoord toegetreden crediteur recht tot verzet heeft, acht het Hof de vermelding daarvan in het exploit van verzet noodzakelijk, en 's Hofs beslissing is niet in strijd, maar in overeenstemming met a. 845 K., dat het zijn van erkend, niet tot het accoord toegetreden crediteur stelt als voorwaarde voor de ontvankelijkheid van het verzet en *eo ipso* de niet-ontvankelijkheid medebrengt van elk verzet, dat niet in die qualiteit is ingesteld.

„Maar, al ware het *middel* gegrond, het kan niet tot cassatie leiden.

„Tegen het vonnis, waarbij de eischer niet-ontvankelijk werd verklaard in zijn verzet tegen de homologatie van het accoord, en dat accoord werd gehomologeerd, heeft de eischer in appel twee grieven aangevoerd, en wel: 1e, dat

hij ten onrechte niet-ontvankelijk was verklaard in zijn verzet; en 2e, dat ten onrechte het accoord was gehomologeerd, en het Hof, beide die grieven ongegrond oordeelende, heeft het vonnis *a quo* bevestigd. Het *middel* is echter alleen gericht tegen 's Hofs beslissing op de eerste grief, en daarom kan het buiten beschouwing blijven, vermits, waar vaststaat, dat het accoord is gehomologeerd, dus over de homologatie definitievelijk is beslist, van ontvankelijk-verklaring van het verzet tegen de homologatie met renvooi naar de rechtb. om alsnog op dat verzet uitspraak te doen, geen sprake meer kan zijn. Daarom trachtte de eischer te betoogen, dat het Hof de door hem aangevoerde gronden van verzet niet heeft onderzocht, maar zich slechts gesteld en ontkennend beantwoord heeft de vraag, of er termen bestonden om de homologatie *ambtshalve* te weigeren. Dat doet, meen ik, niets ter zake, want ook bij die opvatting van het arr. is over de homologatie definitievelijk beslist. Doch de voorstelling van den eischer komt mij ook onjuist voor. Het arr. zegt met zoovele woorden: *„dat, ook naar het oordeel van het Hof, geene gronden aanwezig zijn om de homologatie van het accoord te weigeren",* en dat het Hof des eischers gronden van verzet niet zou hebben onderzocht, is niet wel aan te nemen, nu die gronden bij des eischers Memorie van grieven waren herhaald en toegelicht, en, met betrekking tot het incidenteele appel, in het arr. is overwogen, dat het Hof in al de tot staving zijner drie gronden van verzet door den incidenteelen opposant in den breede ontwikkelde daadzaken en beschouwingen, *overeenkomende met die in eersten aanleg door den thans principaal appellant* (d. i. den nu eischer) *aangevoerd,* het bewijs voor het bestaan dier gronden niet geleverd acht.

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz..

Gehoord den eischer enz. — Gezien de stukken;

„O., dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van de artt. 845, 846 en 847 K., van art. 1902 B.-W. en van art. 5 *principio* en 3°, B.-R., doordien bij het beklaagde arr. is aangenomen dat, waar bij het exploit van verzet tegen de homologatie van een accoord niet is gesteld, dat de opposant was erkend, niet tot het accoord toegetreden crediteur, het al of niet bewezene van deze qualiteiten niet behoort te worden onderzocht, maar de opposant, wegens het niet stellen van zijne qualiteit, die hem recht tot verzet kon geven, in zijn verzet moet worden verklaard niet-ontvankelijk;

„O., dat dit *middel* uitsluitend is gericht tegen 's Hofs arr., voor zooveel de opposant, nu eischer, daarbij niet-ontvankelijk is verklaard in zijn verzet tegen de homologatie van het accoord door de naamlooze vennootschap „Bussummer Gasfabriek" aan hare crediteuren aangeboden;

dat deze niet-ontvankelijk-verklaring evenwel niet de eenige uitspraak is, die bij het bestreden arr. is gegeven, maar daarbij ook is bevestigd de in eersten aanleg uitgesproken homologatie van het accoord;

dat, wat er nu ook zijn moge van de gegrondheid van het *middel,* daarbij niet wordt opgekomen tegen 's Hofs beslissing omtrent dit laatste punt, zoodat, al ware het *middel* gegrond en de eischer dus in zijn verzet ontvankelijk, de uitspraak omtrent de homologatie in stand blijft;

„O. dat hiertegen niet kan afdoen, dat het Hof, op het appel van den nu eischer recht doende, heeft geoordeeld, dat er geene gronden aanwezig waren om de homologatie van het accoord te weigeren, ook al waren de door den appellant daartegen aangevoerde grieven niet nader over-

wogen, omdat daarom niet minder omtrent de homologatie van het accoord definitief is beslist;

dat evenwel die grieven door het Hof niet zijn voorbijgezien, zooals blijkt uit de beslissing op het incidenteel appel van den nu mede-verweerder M., waaromtrent het Hof heeft geoordeeld, dat de door dien incidenteel appellant aangevoerde gronden overeenkwamen met die, in eersten aanleg door den principaal appellant, nu eischer in cassatie, aangevoerd, en dat die gronden niet bewezen waren;

„O., dat mitsdien het *middel* niet tot cassatie kan leiden;

„Verwerpt het beroep in cassatie en veroordeelt den eischer in de kosten, daarop gevallen."

N° 3498. — Arrest van 28 Nov. 1895.

(A. 848 K. — A. 176 B.-W.)

Verbindt de in gemeenschap van goederen gehuwde vrouw, met toestemming van haren man openbare koopvrouw zijnde, dezen door hare handelingen mede? — JA.

Zijn de goederen en schulden der gemeenschap, in geval van faillissement, te beschouwen als baten en lasten van den faillieten boedel? Is mitsdien een gehomologeerd accoord ook bindend voor de schuldeischers van den man, en moeten deze genoegen nemen met uitbetaling der bij het accoord bepaalde percenten? — JA.

De Proc.-Gen. Mr. POLIS heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„De eischer is in gemeenschap van goederen gehuwd. Zijne vrouw, die openbare koopvrouw was, is bij vonnis van de rechtb. te Amsterdam 30 Maart 1892 failliet verklaard. Een accoord van 5%, in dat faillissement aangeboden, is door de crediteuren aangenomen en door de rechtb. gehomologeerd, en nu is het de vraag, of door

dit accoord ook is gereduceerd de schuld, welke de eischer, vóór het faillissement van zijne vrouw, jegens den verweerder heeft aangegaan, zoodat de eischer kan volstaan met 5% daarvan, die hij aanbiedt, te betalen. De rechtb. te Zutphen heeft bij het beklaagde vonnis die vraag ontkennend beantwoord. Zij beslist, dat eigen schulden van den eischer niet vallen in het faillissement van zijne vrouw en niet worden getroffen door het in dat faillissement tot stand gekomen accoord, en op dien grond heeft zij den eischer tot betaling van de geheele, van hem door den verweerder gevorderde schuld veroordeeld.

„Met den eischer houd ik die uitspraak voor onjuist en in strijd met de a. 168, 174, 175, 176, 177 B.-W. 764 en 848 K.

„Bij zijn arr. van 4 Dec. 1891 (*Ned Rechtspr.* CLIX, 284 en volg.; v. D. Hon. *B.-R.* LVII, 399), besliste de H.-R., dat, wanneer de in algeheele gemeenschap van goederen gehuwde en met toestemming van haren man handel drijvende, openbare koopvrouw in staat van faillissement verkeert, de goederen behoorende tot die huwelijksgemeenschap, *al welke goederen het onderpand uitmaken van de door de echtgenooten gemaakte schulden,* mede vallen in de failliete massa. Die beslissing is zeker volkomen juist, en daarmede geheel in overeenstemming is de overw. van het vonnis, dat, volgens de bepalingen der wet, de schulden van de vrouw, die met toestemming van haren man als koopvrouw is opgetreden, op de goederen der gemeenschap kunnen worden verhaald. En indien het dus waar mocht zijn, dat de eigen schulden van den in geheele gemeenschap van goederen gehuwden man, de schulden, die de man heeft aangegaan, niet vallen in het faillissement van de vrouw, dus dat de crediteuren, met wie de man gehandeld heeft, in het faillissement der vrouw niet kunnen opkomen, dan zullen de goederen der huwelijksgemeenschap

uitsluitend ten bate van de crediteuren der vrouw in beslag genomen zijn en, bij insolvent-verklaring van den boedel, geëxecuteerd worden, en zullen de crediteuren, tegen welke de man zich verbonden heeft, het moeten aanzien, dat zij ten bate van de crediteuren der vrouw van hun onderpand worden beroofd!

„Maar de leer van de rechtb. is onjuist. De in gemeenschap van goederen gehuwde vrouw, die met toestemming van haren man openbare koopvrouw is, kan zich wel zonder den bijstand van haren man verbinden in en omtrent alles, wat haren handel betreft (a. 168 B.-W.), daarom zijn toch niet de schulden, die zij gemaakt heeft, schulden, die haar alleen aangaan en waarnaast bestaan schulden van haren man, maar *alle* schulden van haar en van haren man zijn tusschen haar en haren man gemeen. De a. 168 en 176 B.-W. maken allen twijfel daaromtrent onmogelijk.

„De schuldeischers van den man zijn dus ook schuldeischers van de vrouw, en om te kunnen aannemen, dat die schuldeischers niet zouden kunnen opkomen in het faillissement der vrouw, waarin het gemeenschappelijk onderpand van alle schuldeischers der echtgenooten is in beslag genomen om geëxecuteerd te worden, zou eene wetsbepaling moeten bestaan, waardoor zij van den *concursus* zijn uitgesloten. Doch zoodanige wetsbepaling, waarvoor geen redelijke grond zou zijn aan te wijzen, is er niet. En zijn de schuldeischers van den man ook schuldeischers van de vrouw, dan is het in het faillissement van de vrouw tot stand gekomen en gehomologeerd accoord ook voor deze schuldeischers, voor welke bij de wet geene uitzondering op den regel van a. 848 K. is gemaakt, verbindend. Maar dan is ook de man, al is hij persoonlijk niet failliet verklaard, niet meer voor de geheele schuld, die hij heeft aangegaan, aansprakelijk, juist omdat er, wegens de be-

staande huwelijksgemeenschap, geene eigen schulden van den man, en hem alleen aangaande, maar slechts schulden tusschen man en vrouw gemeen, schulden der huwelijksgemeenschap bestaan, en die schulden door het accoord zijn gereduceerd.

„Ik concludeer tot vernietiging van het beklaagde vonnis, met rechtspraak ten principale en veroordeeling van den verweerder in al de kosten van het proces."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O. dat als *eenig middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 168, 174, 175, 176 en 177 B.-W. en de a. 764 en 848 K., door te beslissen, dat de eigen schulden van ged. (thans eischer in cassatie) niet vallen in het faillissement zijner echtgenoote, met wie hij in gemeenschap van goederen is gehuwd, en niet worden getroffen door het in dat faillissement tot stand gekomen accoord, en voorts door te beslissen, dat ged. (thans eischer in cassatie), die niet failliet verklaard is, niettegenstaande het faillissement zijner echtgenoote ten volle aansprakelijk blijft voor zijn eigen schulden, en hierin geene verandering wordt gebracht door de omstandigheid, dat hij in gemeenschap van goederen is gehuwd;

„O. dat de rechtb. bij het bestreden vonnis, — oordeelende, dat de door den oorspronkelijk eischer bij dagvaarding gestelde verkoop en levering van goederen aan ged^{e}, ten behoeve van diens handel, was bewezen, en verwerpende de bewering van den ged^{e}, dat die schuld viel in het faillissement zijner vrouw, met wie hij in algeheele gemeenschap van goederen is gehuwd, en dat hij dus volstaan kon met betaling der door den eischer geweigerde percenten, bij het in bedoeld faillissement tot stand gekomen accoord bepaald, — den ged^{e} heeft veroordeeld, zelfs bij

lijfdwang, tot betaling der gevorderde hoofdsom van *f* 368.16 met de interesten daarvan, en in de proces-kosten;

„En alsnu ten aanzien van het hiertegen door den oorspronkelijk ged[e], nu eischer, voorgestelde *middel* van cassatie:

„O., dat, volgens a. 168 B.-W., des nu eischers vrouw met diens toestemming openbare koopvrouw zijnde, zich zonder zijnen bijstand kon verbinden in en omtrent alles wat die koopmanschap betreft, en ook de eischer, met wien zij in algeheele gemeenschap van goederen is gehuwd, door die handelingen is verbonden;

„O., dat, vermits volgens den regel van a. 175 B.-W. die gemeenschap al de goederen der echtgenooten omvat, al die goederen voor die handelingen aansprakelijk waren en, nu bedoelde vrouw werd verklaard te zijn in staat van faillissement, baten waren van dat faillissement;

„O, voorts, dat, blijkens a. 176 B.-W., alle schulden, door ieder der echtgenooten gemaakt, zijn lasten dier gemeenschap, en dat, terwijl het faillissement der vrouw de verhaalbaarheid van des nu eischers schulden op de goederen der gemeenschap niet kon doen verloren gaän, die schulden de goederen noodwendig in dat faillissement zijn gevolgd, en van dat oogenblik af de schuldeischers van den man geen ander verhaal hebben dan hetgeen in het faillissement der vrouw aan hare schuldeischers toekomt;

„O. dat die volkomen gelijkstelling der schuldeischers van den nu eischer met die zijner vrouw medebrengt, dat, — terwijl volgens a. 848 K. de homologatie het in het faillissement der vrouw aangenomen accoord verbindend maakte voor alle concurrente schuldeischers zonder onderscheid, bekend of onbekend, daaronder begrepen die later mochten opkomen, — dit geldt ook ten aanzien van den nu verweerder, als concurrent-schuldeischer van den nu

eischer, tegen wien hem geene andere vordering overbleef dan tot uitbetalig der percenten, bij het in deze tot stand gekomen accoord bepaald;

„O. dat dus de rechtb., den nu verweerder zijne oorspronkelijke schuldvordering op den nu eischer toewijzende, de hiervoren aangehaalde a. heeft geschonden, en mitsdien het voorgestelde *middel* van cassatie is gegrond;

„Vernietigt het bestreden vonnis der arr.-rechtb. te Zutphen van 18 April 1895;

„Verleent den oorspronkelijk ged., nu eischer in cassatie, akte van zijne bereidverklaring om aan den oorspronkelijk eischer, nu verweerder, tegen algeheele kwijting, te voldoen 5 pCt. van *f* 368.16, met de wettelijke interesten sedert den dag der oorspronkelijke dagvaarding;

„Verklaart den nu verweerder niet-ontvankelijk in zijne bij deze dagvaarding ingestelde vordcring;

„Veroordeelt den nu verweerder in de kosten van eersten aanleg en cassatie."

No 3499. = Arrest van 28 Nov. 1895.

(A. 773, K. js. as. 1417, 1858, 1882, 1886 B.-W.)

Is de bij a. 773 *K. bedoelde vooruitbetaling van rechtswege nietig?* — JA.

Blijft hij, die zich borg heeft gesteld voor de vooruitbetaalde schuld derhalve, niettegenstaande de vooruitbetaling, voor de schuld verbonden? — JA.

Is, door deze beslissingen een der in het middel *van cassatie aangehaalde a., bepaaldelijk a.* 1886 *B.-W. geschonden?* — NEEN.

Namens den Proc.-Gen. heeft de Adv.-Gen. VAN MAANEN, de volgende conclusie genomen:

„Alhoewel de rechtsquestie, in deze zaak aan uw oordeel onderworpen, mij voorkomt aan weinig twijfel onderhevig

te zijn, zoo acht ik het toch wenschelijk de feiten, waarover geen verschil bestaat, in herinnering te brengen, omdat anders de figuur der zaak mij niet duidelijk toeschijnt.

„G. (thans verweerder) had aan K. geleend eene som van *f* 250, onder beding, dat de schuldenaar het geleende zou terugbetalen in 17 maandelijksche termijnen, 16 van *f* 15 en 1 van *f* 10.

„P. had zich borg gesteld voor de verplichting, door K. op zich genomen, en zou bij nalatigheid van dezen zonder *in-mora*-stelling gehouden zijn het restant der schuld terstond in zijn geheel te voldoen.

„Op 21 Aug. 1893, toen twee termijnen waren afbetaald, betaalde K. aan G. zijne geheele schuld af, dus zoowel den 3ⁿ termijn, verschijnende op 1 Sept., als de overige 14 nog niet opeischbare termijnen.

„Op den 11ⁿ Sept. d. a. v. werd K. in staat van faillissement verklaard, en de curator vorderde de betaalde, doch nog niet opeischbare schuld ad *f* 205 van G. terug, waaraan deze, ten einde eene vordering in rechten te ontgaan, gereedelijk voldeed, waarna hij, als geverifieerd crediteur in den boedel van K., een bedrag van *f* 16.40 ontving. En nu werd daarna door G. eene vordering tegen den borg P. ingesteld tot voldoening der *f* 205, verminderd met de, in het faillissement ontvangen *f* 16.40, alzoo tot betaling van *f* 188.60.

„Die vordering werd bestreden met de bewering, en daarmede vereenigde zich de ktnr. te Amsterdam bij vonnis van 27 Febr. 1894, dat, vermits de geheele schuld eenmaal was gekweten, daardoor de verplichting van den borg was vervallen, als zijnde die verbindtenis te niet gegaan; dat daarin geen verandering werd gebracht, doordien G. vrijwillig het gedeelte der schuld, hetwelk niet opeischbaar was, in den boedel had teruggebracht, omdat de gedane betaling binnen 40 dagen vóór den aanvang van het fail-

lissement, niet zóó absoluut nietig is, dat zij als niet gedaan moet worden beschouwd, hetgene niet uit a. 773 K. zou zijn af te leiden.

„Het van die uitspraak ingestelde hooger beroep werd met een goeden uitslag beproefd. In strijd met het oordeel van den ktnr. was de rechtb. van meening, en zulks was eigenlijk de eenige te beslissen quaestie, waarop het aankwam, en thans in cassatie nog aankomt, deze, of de binnen de 40 dagen vóór den dag van aanvang van het faillissement gedane betaling van, op dien dag niet opeischbare, schulden is van rechtswege nietig, of slechts vernietigbaar op vordering van den curator in het faillissement.

„De rechtb. beantwoordt die vraag in eerstgemelden zin, zoowel op grond van de bewoordingen van a. 773, in verband met den inhoud der volgende a., als van de geschiedenis van de wording van deze uit a. 446 *C. de Comm.* overgenomen bepaling.

„Tegen dat vonnis is als *middel* van cassatie aangevoerd: schending door verkeerde toepassing van a. 773 K., in verband uit a. 1417, 1858, 1882 en 1886 B.-W., omdat de rechtb. te Amsterdam heeft aangenomen, dat de, binnen de 40 dagen vóór den dag van aanvang van het faillissement gedane, betaling van op dien dag niet opeischbare schulden, volgens genoemd a. 773, is van rechtswege nietig, ten gevolge waarvan deze, door den schuldenaar gedane, betaling dier schulden den borg niet van zijne verplichtingen kon ontheffen.

„Tot staving ervan is hetzelfde in het midden gebracht, wat ik meededeelde, dat in eersten aanleg en appèl tot bestrijding der vordering van G. tegen den borg was aangevoerd. De conclusie van antwoord zegt alleen, dat het *middel* in strijd is met de woorden van de wet, met haar systeem, hare geschiedenis, de rechtsliteratuur en de jurisprudentie.

„Met hetgene tot toelichting daarvan bij pleidooi is aangevoerd, kan ik mij in het algemeen zeer wel vereenigen.

„De woorden en het systeem der wet zijn pertinent: „alle nog niet opeischbare schulden worden in den boedel „teruggebracht," dat is een imperatief gebod, geen bevoegdverklaring of last om ze op te vorderen, geen bevel om aan de opvordering te voldoen, maar een voorschrift, waarvan volstrekt niet kan worden afgeweken; ze *worden* in den boedel teruggebracht".

„Het is het eerste der drie a., dat absolute nietigheid *wil*, omdat de betaling berust op het vermoeden van fraude. In tegenstelling dan ook met a. 777, hetwelk nietigverklaring toelaat *onder zekere omstandigheden*, is daarvan in a. 773 geen sprake.

„Dat a. 775 de handelingen uitdrukkelijk van *rechtswege* nietig verklaart, vindt zijn grond daarin, dat daar de rede is van handelingen, die, volgens de wet zelve, te goeder trouw *kunnen* zijn gepleegd.

„De geschiedenis van de bepaling neemt m. i. elken twijfel aangaande zijne beteekenis weg.

„A. 773, ontleend aan a. 446 van den *Code de Commerce*, bevat den last: „toutes sommes sont rapportées" en de wetgever van 1838 geeft als grond daarvoor op, dat de schuldeischer, die betaling aanneemt, geacht wordt met het oogmerk bezield te zijn van zich, ten nadeele van zijne medeschuldeischers, te willen dekken; een wettelijk vermoeden van kwade trouw wordt dus hier aangenomen (VOORDUIN X, 696). A. 446 voornoemd was ontleend aan de *Ordonnance de Commerce* van Maart 1673 en aan de *Déclaration* van Nov. 1702, volgens welke eveneens de vroegere betalingen van zulke sommen van rechtswege nietig waren (HOLTIUS, *Faillietenrecht*, Ed. 1850, 143, DALLOZ, *Faillite*, nos 8—10).

„En de Nederlandsche wetgever was bij de vaststelling dezer

bepaling in overeenstemming met hetgene te dien aanzien oudtijds rechtens was, want de Amsterdamsche keur van 3 Dec. 1644 (*Handvesten der stad Amsterdam* II, 556 *sub* n° 5) bevatte soortgelijke bepaling. Ook de schrijvers zijn algemeen van dezelfde meening. Men zie De Wal, III, 50 n° 67, die eveneens als Diephuis, *Handelsrecht* III, 240 en vlgg., de nietigheid der a. 773 tot 775 stelt *tegenover* de nietigverklaring der handelingen, door den schuldeischer vóór de faillietverklaring verricht; Asser c. s. ad a. 773, 289; Kist VI, 89; Diephuis, *Systeem*, X, 455 noot I; Mr. J. D. Veegens, *Wet op het Faillissement*, 66 en vlg., te vergelijken met Ontwerp dier Wet, bij Belinfante 1887, 118 en volg.

„Van een ander gevoelen schijnt alleen De Martini, ad a. 773, die oordeelt, dat niet-opeischbare, doch betaalde, huurpenningen slechts op grond van a. 777 kunnen worden teruggevorderd.

„De nietigheid der gedane *betaling* vaststaande, volgt daaruit van zelf de nietigheid der *bevrijding* van den borg, welke die betaling tot grondslag had.

„Wat betreft de in het *middel* aangehaalde a. 1882 en 1886 B.-W., het bij laatstgenoemd a. voorziene geval, dat de schuld op *andere wijze* dan door betaling is gekweten, doet zich hier niet voor, waartoe de borg zijne toestemming zoude moeten geven om zijn borgtocht in stand te houden (Diephuis, *Systeem*, XIII, 406).

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten.

ARREST. De H.-R. der Ned. enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O., dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending door verkeerde toepassing van a. 773 K., in verband met de a. 1417, 1858, 1882 en 1886 B.-W. omdat de

rechtb. heeft aangenomen, dat de, binnen 40 dagen voor den dag van aanvang van het faillissement gedane, betaling van op dien dag niet-opeischbare schulden, volgens genoemd a. 773, is van rechtswege nietig, ten gevolge waarvan deze door den schuldenaar gedane betaling dier schulden den borg niet van zijne verplichtingen kon ontheffen;

„O. hieromtrent, dat de slotwoorden van genoemd a. 773, luidende: „worden in den boedel teruggebracht", een zoo stellig en imperatief voorschrift bevatten, dat zij geene andere opvatting toelaten dan dat de bij dit a. bedoelde vooruitbetaling van rechtswege nietig is en het voorschrift tot terugbrenging in den boedel het rechtstreeksch gevolg is van die nietigheid;

„O., dat deze opvatting overeenkomt met de bedoeling der wet, zooals blijkt uit de geschiedenis van gemeld a. en van a. 446 van den *Code de Commerce*, waaruit het getrokken is, en uit de oud-vaderlandsche wettelijke bepalingen te dezer zake, waarmede het in beginsel overeenstemt, als strekkende om, ter voorkoming van wederrechtelijke bevoordeeling van den eenen schuldeischer, ter bedriegelijke verkorting van andere, dergelijke handelingen bij de wet nietig te verklaren;

„O., dat tegen de juistheid van deze opvatting niets afdoet, dat in a. 775 K. de uitdrukking „van rechtswege nietig" wordt gebezigd, welke uitdrukking in a. 773 niet wordt gevonden, daar toch in a. 775 de nietigheid zelfs wordt voorgeschreven „al ware het, dat de beide partijen in de goede trouw hadden verkeerd", en er dus in dit geval, zonder uitdrukkelijke vermelding, twijfel over zou kunnen ontstaan, terwijl daarentegen de bepaling van a. 773 haren grond vindt in het wettelijk vermoeden van bedrog, en hier bovendien de uitdrukkelijke vermelding van die nietigheid overbodig was, door het imperatief voorschrift tot terugbrenging van het betaalde in den boedel;

„O., dat alzoo de in deze plaats gehad hebbende vooruitbetaling eener niet opeischbare schuld te recht bij het bestreden vonnis van rechtswege nietig is verklaard, zoodat de schuld is blijven bestaan, en mede terecht is beslist, dat de borg daarvoor verbonden is gebleven;

„O., dat door die beslissing ook geen der aangehaalde a. van het B.-W. is geschonden, en bepaaldelijk ook niet a. 1886, omdat het geval, dat eenig onroerend of ander goed in afbetaling der hoofdschuld zou zijn gegeven, en aangenomen en later uitgewonnen, zich in deze niet voordoet;

„Verwerpt het beroep in cassatie;

„Veroordeelt den eischer in de kosten op het beroep gevallen."

N° 3500 — Arrest van 5 Dec. 1895.

(A. 164 B.-W.)

Verbindt de vrouw, die handelingen doet en verbintenissen aangaat, die onder den regel van a. 164 B.-W. vallen, den man? — JA.

Kan de door haar afgelegde schriftelijke erkentenis, dat zij van den eischer tot het door dezen gevorderd bedrag, aan levensmiddelen en benoodigdheden ten behoeve van haar en haar gezin heeft ontvangen, tegen haren man worden ingeroepen en levert zij, bij gebreke van eenig tegenbewijs van den kant van den man, volledig bewijs op voor de vordering tot betaling van dat bedrag, zonder dat in bijzonderheden behoeft vast te staan, uit welke rechtshandelingen de verbindtenissen der vrouw voortsproten? — JA.

Kan zoodanige vordering niet geacht worden te strekken tot nakoming van overeenkomsten zonder oorzaak? — NEEN.

De proc.-gen. Mr. POLIS heeft in deze zaak de conclusie genomen:

Het bij de dagvaarding uitvoerig gemotiveerde *middel* van cassatie luidt:

a. schending of verkeerde toepassing van de a. 1902, 1903, 1912, 1962, 160, 163, 164, 179, 1356, 1371, 1372 en 1373, B.-W., — door aan te nemen, dat de gestelde verschaffing van huishoudelijke benoodigdheden en levensmiddelen aan de echtgenoote van den eischer in cassatie is voortgevloeid uit handelingen of verbindtenissen, door haar voor de gewone dagelijksche uitgaven der huishouding aangegaan, ofschoon niet gebleken is, of en welke handelingen of verbindtenissen van dien aard door haar zijn aangegaan, en de eischer in cassatie zijne schuldplichtigheid ten deze ontkend heeft;

„*b.* of wel, bijaldien de H.-R. mogt oordeelen, dat de gemelde beslissing in het arr. *a quo* niet voorkomt: schending van de a. 59 B.-R., 20 R.-O. en 161 Grw. in verband met de sub *a* vermelde a. van het B.-W., doordat het arr. *a quo* in dat geval de gronden niet behelst waarop het de schuldplichtigheid van den eischer in cassatie ten deze, in strijd met zijn ontkenning, aanneemt en alzoo of dit hoofdpunt de gronden der uitspraak verzwijgt.

De vordering, welke door de rechtb. te Haarlem bij verstek aan den nu verweerder werd toegewezen, uitspraak, die op het verzet van den nu eischer werd gehandhaafd, was daarop gegrond, dat de nu verweerder van 20 Nov 1889 tot 1 Mei 1892 aan de te Rotterdam wonende verlaten vrouw van den nu eischer heeft verschaft verschillende huishoudelijke benoodigdheden en levensmiddelen ten dienste van het huisgezin ten bedrage van *f* 625, tot betaling waarvan de nu en dan, als hoofd der echtvereeniging, verplicht was.

„Bij het beklaagde arr. heeft het Hof zich bepaald tot het onderzoek der beide grieven, door den nu eischer tegen het op het verzet gewezen vonnis aangevoerd, en, die grieven ongegrond vindende, dat vonnis bevestigd zoodat het

Hof, al is dit niet met zoovele woorden gezegd, geacht moet worden zich ook met de motieven van het vonnis *a quo* te hebben vereenigd. En nu heet het in de 5e rechtsoverw. van het vonnis: „dat de vrouw in haren brief van 3 Mei 1893 (1892?) aan den nu verweerder, en welks echtheid, als niet door den man betwist, vaststaat, heeft erkend, overeenkomstig de aan haar gedane opgave, door den verweerder in het geding gebracht, van dezen tot het gevorderde bedrag van *f* 625 aan levensmiddelen en benoodigdheden ten behoeve van haar en haar gezin te hebben ontvangen in het meergenoemde tijdvak, — en dat door die erkentenis rechtens is bewezen, dat de vrouw zich verbonden heeft tot betaling van hetgeen voor dat ontvangene aan den nu verweerder, die dat verschaft had, verschuldigd was."

„Wanneer dus in het *middel* gesteld wordt, dat niet is gebleken of en welke handelingen of verbindtenissen voor de gewone en dagelijksche uitgaven der huishouding door des nu eischers vrouw zijn aangegaan, dan is dit in strijd met de feitelijke beslissing, waarbij, op grond van den brief der vrouw *welks uitlegging facti is,* is uitgemaakt, dat de verbindtenis, door de vrouw jegens den nu verweerder aangegaan, bestaat in de verplichting tot betaling aan dien verweerder van de som van *f* 625, voor de, in de ten processe overgelegde opgave vermelde, levensmiddelen en benoodigdheden, haar door den nu verweerder, ten behoeve van haar en haar gezin, verschaft. Voor de door den eischer geopperde veronderstelling, dat de levensmiddelen en benoodigdheden door den verweerder wel kunnen geschonken of in betaling gegeven zijn, is dus hier geen plaats. En indien de eischer mogt willen beweren, dat die verschaffingen niet kunnen aangemerkt worden als gedaan voor de gewone dagelijksche behoeften van de huishou-

ding der vrouw, dan zou dit zijne wederlegging vinden in de 12e overw. *quoad jus* van het in appèl bekrachtigde vonnis, waar is uitgemaakt (beslissing, die zonder twijfel feitelijk is), dat de gedurende het meermalen genoemde tijdsverloop, met den geopposeerde (den verweerder) aangegane verbindtenissen, *allen, blijkens de als vaststaande aangenomen opgave, betrekking hebben op gewone huishoudelijke uitgaven en levensmiddelen voor dat deel der huishouding.* Van eene overeenkomst der vrouw, aangegaan *zonder oorzaak* of *met eene andere oorzaak dan die in a.* 164 *B.-W. bedoeld,* is dus geen sprake en zou geen sprake kunnen zijn, al stond vast, wat de nu eischer als een grief tegen het vonnis der rechtb. in appèl heeft aangevoerd dat niet blijkt dat de nu verweerder is geweest de leverancier der goederen waarvan de betaling wordt gevraagd. Want waar bewezen is dat des nu eischers vrouw, die voor hare huishouding benoodigde goederen heeft ontvangen, doet het niets te zake of hare schuld aan den nu verweerder voortspruit daaruit, dat de nu verweerder haar die goederen verschaft heeft, doordien hij zelf ze haar heeft verkocht en geleverd, of dat hij ze haar bezorgd heeft, doordien hij door den koopprijs voor te schieten, haar in de mogelijkheid heeft gesteld ze elders te halen, vermits in beide gevallen hare jegens den nu verweerder aangegane schuld de gewone en dagelijksche uitgaven der huishouding zou betreffen, en dus zou vullen in a. 164 B.-W.

„Wil de eischer beslissen, dat de vordering zonder bewijs is toegewezen, of dat de schuld door zijne vrouw aangegaan niet is eene vordering als in a. 164 B.-W. bedoeld, dan moet hij aantoonen, dat het onderhandsche van zijne vrouw afkomstige geschrift in deze rechtens niet als bewijsmiddel mocht worden gebezigd, maar dat heeft hij zelfs niet beweerd, en zou hij ook niet met grond hebben

kunnen beweren; en op dat geschrift en de uitlegging, die daaraan door den *judex facti* gegeven is, stuit het *middel sub a* af.

Het *middel sub b* gaat uit van de veronderstelling, dat het arr. niet kan geacht worden de motieven van het bekrachtigde vonnis te hebben overgenomen, en dus wel dat vonnis, maar niet het arr., aanneemt, dat de verschaffing voor huishoudelijke benoodigdheden en levensmiddelen aan de vrouw van den nu eischer is voortgevloeid uit handelingen en verbindtenissen, als in a. 164 B.-W. bedoeld worden. Maar voor die veronderstelling bestaat geen grond, vermits het arr. geene andere uitlegging toelaat dan deze, dat uit datgene wat in appèl tegen de rechtsbeschouwingen van het vonnis is aangevoerd, de onjuistheid daarvan niet volgt, en het vonnis dus is bekrachtigd omdat de motieven daarvan door het Hof juist zijn bevonden. Dat was dan ook de meening van den pleiter voor den eischer, en daarom kan ook het *middel* sub *b* niet opgaan.

Ik concludeer tot verwerping van het beroep met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.

Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O. dat als *middel* van cassatie is voorgesteld:

„*a*. Schending of verkeerde toepassing van de a. 1902, 1903, 1912, 1962, 160, 163, 164, 179, 1356, 1371, 1372 en 1373 B.-W., door aan te nemen, dat de gestelde verschaffing van huishoudelijke benoodigdheden en levensmiddelen aan de echtgenoote van den eischer in cassatie is voortgevloeid uit handelingen of verbindtenissen, door haar voor de gewone en dagelijksche uitgaven der huishouding aangegaan, ofschoon niet gebleken is, of en welke handelingen of verbindtenissen van dien aard door haar zijn aangegaan, en de eischer in

cassatie zijnde schuldplichtigheid ten deze ontkend heeft;

„*b.* of wel, bijaldien de H.-R. mocht oordeelen, dat de gemelde beslissing in het arr. *a quo* niet voorkomt, — schending van de a. 59. B.-R., 20 R. O. en 161 Grw., in verband met de *sub a* vermelde a. van het B.-W., doordat het arr. *a quo* in dat geval de gronden niet behelst, waarop het de schuldplichtigheid van den eischer in cassatie ten deze, in strijd met zijne ontkenning, aanneemt en alzoo op dit hoofdpunt de gronden der uitspraak verzwijgt;

„O. daaromtrent:

„dat, blijkens het oorspronkelijk vonnis van de arr.-rechb. te Haarlem, de door den tegenwoordigen verweerder tegen den tegenwoordigen eischer ingestelde vordering strekte tot betaling van f 625, op grond dat hij tot gemeld bedrag verschillende huishoudelijke benoodigdheden en levensmiddelen, ten dienste van het huisgezin, had verschaft aan eischers huisvrouw;

dat dienaangaande, onder meer, werd overwogen, dat de vrouw in eenen brief, welks echtheid, als niet door den man betwist, vaststaat, heeft erkend, overeenkomstig de aan haar gedane opgave van den nu verweerder, van dezen tot het gevorderd bedrag aan levensmiddelen en benoodigdheden ten behoeve van haar en haar gezin te hebben ontvangen, door welke erkentenis de rechtb. bewezen verklaarde, dat de vrouw zich verbonden heeft tot betaling van hetgeen voor dat ontvangene aan den verweerder, die het verschaft had, verschuldigd was;

dat voorts werd overwogen, dat, terwijl eischer verplicht is de door zijne vrouw met verweerder aangegane verbindtenissen na te komen, als alle, blijkens de als vaststaand aangenomen opgave, betrekking hebbende op gewone huishoudelijke uitgaven en levensmiddelen voor een deel der huishouding, al zijn deze laatste niet gespecificeerd, eene afzonderlijke

opgave of rekening, ook aan eischer, geheel onnoodig was;

„dat de door eischer tegen het vonnis, waarbij hij tot betaling veroordeeld werd, aangevoerde grieven ongegrond zijn verklaard bij het arr. *a quo,* waarin omtrent de hier in aanmerking komende punten wordt overwogen, dat de bewilliging van den man bij a. 164 B.-W. wordt uitgestrekt tot alles wat de gewone en dagelijksche uitgaven der huishouding betreft; dat de woorden, in de dagvaarding voorkomende, volkomen beantwoorden aan hetgeen de wet in dat a. bedoelt, en de wet niet voorschrijft, dat alleen de leverancier der goederen van den man betaling kan vragen, maar in het algemeen, dat de man aansprakelijk is voor de voldoening van datgene, wat door de vrouw binnen de perken van a. 164 B.-W. is gekocht; zoodat het mogelijk door een derde voorschieten van den koopprijs den man niet van de aansprakelijkheid ontheft;

„dat uit den inhoud van het arr., waarin alleen enkele door den eischer aangevoerde grieven worden besproken, volgt, dat het Hof zijne schuldplichtigheid aanneemt op dezelfde gronden als de rechtb. gedaan had; zoodat *sub b* voorwaardelijk voorgestelde *cassatie-middel* niet behoeft te worden onderzocht;

„O. alsnu, met betrekking tot het *sub a* ingestelde *middel:*

dat, indien de vrouw handelingen doet en verbindtenissen aangaat, die onder den regel a. 164 B.-W. vallen, zij verondersteld wordt de bewilliging van haren man bekomen te hebben, en dus den man verbindt;

dat mitsdien terecht is aangenomen, dat de door eischers vrouw afgelegde schriftelijke bekentenis tegen hem kon worden ingeroepen, en, bij gebreke van eenig tegenbewijs van zijnen kant, volledig bewijs voor de ingestelde vordering opleverde;

dat, wel is waar, niet in bijzonderheden vaststaat, uit welke rechtshandelingen de verbindtenissen der vrouw voort-

sproten: maar zulks onnoodig is, omdat de wet niet onderscheidt, en feitelijk uitgemaakt is, dat, waarin ze ook bestonden, ze in allen gevalle betrekking hadden tot de gewone en dagelijksche uitgaven der huishouding;

dat ditzelfde, feitelijk vaststaande, karakter der verbindtenissen eene geoorloofde oorzaak opleverde, die tot hare nakoming verplichtte; zoodat er evenmin grond is om met den eischer aan te nemen, dat de eisch, als strekkende tot nakoming van overeenkomsten zonder oorzaak, had behooren te worden afgewezen;

dat het *middel* derhalve ongegrond is;

„Verwerpt het ingestelde beroep en veroordeelt den eischer in de kosten."

N°. 3501. — Arrest van den 13 December 1895.

(A. 1588 jr. 1586 en 1596 B.-W.).

Kan de huurder, die schadevergoeding krachtens art. 1588 *B.-W. vordert, volstaan met te bewijzen dat tusschen het gebrek van het verhuurde goed en het door hem geleden nadeel het verband bestaat van oorzaak en gevolg?*-JA.

Rust op den verhuurder, die van de aansprakelijkheid deswege zich wil ontslaan, de bewijslast, dat het nadeel aan de schuld van den huurder is te wijten, en dat deze als goed huisvader had behooren en kunnen voorkomen?-JA.

De proc.-gen. Mr. Polis heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„In eersten aanleg werd den eischer ontzegd zijne tegen de hier niet gecompareerde verweerderes gedane vordering tot schadevergoeding daarop gegrond, dat zich in het door hem van de verweerderes gehuurde huis een onnoemlijk aantal torren bevonden, waardoor hij als bakker in zijn beroep schade lijdt.

„De ktnr. was van oordeel, dat de eischer niet was geslaagd in het door hem te leveren bewijs van het feit, dat in de door hem van de verweerderes gehuurde woning zich bij of vóór de aanvaarding daarvan op 1 Mei 1893, evenals na dien tijd, zooveel torren bevonden, dat die woning daardoor ongeschikt is om als winkel en bakkerij te worden gebruikt. In appel achtte de Rechtb. te D. onnoodig te overwegen of de ktnr. terecht het beweerde gebrek als niet bewezen had aangemerkt, maar bekrachtigde zij de in eersten aanleg uitgesproken ontzegging van des eischers vordering op grond, dat de eischer, om die vordering toegewezen te krijgen, had moeten aanbieden te bewijzen, dat de bij de dagvaarding gestelde schade een noodzakelijk gevolg was van het beweerde gebrek, d. w. z. een onvermijdelijk nadeel, een nadeel, dat hij niet heeft kunnen voorkomen bij het aanwenden van de zorg van een goed huisvader.

„Dat a. 1588 hier niet op te vatten is in dien zin, dat de verhuurder schadevergoeding verschuldigd is ook dan, wanneer de huurder zich die schade door eigen schuld of nalatigheid op den hals heeft gehaald, kan gereedelijk worden toegegeven. Daaruit volgt echter niet, dat de huurder, die van zijn verhuurder vergoeding vraagt van nadeel, dat hij beweert te lijden door gebreken van het verhuurde goed, welke het gebruik daarvan verhinderen, meer dus dat door hem gestelde feit zou hebben te bewijzen. Want het bestaan van het gebrek, dat het gebruik van het gehuurde verhindert, en waardoor voor den huurder nadeel ontstaat, is het feit, waaraan de wet in a. 1588 B.-W. de verplichting des verhuurders tot schadevergoeding verbindt, en de huurder kan dus ook volstaan met het bewijs van het gebrek en van de voor hem daaruit voortgevloeide schade. En indien dan de verhuurder wil beweren, dat het gebrek of de schade, die de verhuurder

daardoor geleden heeft, aan den huurder zelven te wijten is, doordien deze gedaan heeft wat hij niet mocht doen, of verzuimd heeft wat hij bij eene *bona fide* uitvoering der overeenkomst ter afwending van het nadeel had moeten doen, dan berust de bewijslast daarvan op den verhuurder, omdat een iegelijk, die zich tot tegenspraak van eens anders recht op eenig feit beroept, dat feit moet bewijzen.

„De bij het *middel* gestelde schending en verkeerde toepassing van de a. 1586, 1588 en 1902 B.-W. (niet ook van a. 1596 B.-W., waarmede de beklaagde beslissing niet in strijd is), acht ik dus aanwezig.

„Het arrest van 16 Febr. 1865, waarop de eischer zich terecht beriep, is ook te vinden in de *Ned. Rechtspr.* LXXIX, 193 en bij v. d. Hon., B.-R. XXIX, 280.

„Ik concludeer tot cassatie van het beklaagde vonnis met terugwijzing der zaak naar de Rechtb. en veroordeeling van de verweerderes in de kosten."

ARREST. — „De H.-R. der Ned. enz.

„Gehoord den eischer; — Gezien de stukken;

„O., dat bij het bestreden vonnis in hooger beroep een vonnis van den ktnr. te Hoogeveen, waarbij, onder meer, was ontzegd eene reconventioneele vordering van den eischer, tot vergoeding van de schade, geleden ten gevolge van een gebrek in een verhuurd huis, waardoor het gebruik daarvan werd verhinderd, voor zoover van dat vonnis was geappelleerd, is bevestigd, op grond:

dat a. 1588 B.-W. den verhuurder slechts aansprakelijk stelt voor de schade, die een n o o d z a k e l ij k gevolg is van het gebrek aan het verhuurde, en welke de huurder niet had kunnen voorkomen bij het aanwenden van de zorg van een goed huisvader;

dat diensvolgens de nu eischer, om zijne vordering toegewezen te krijgen en aan te toonen, dat de bij de dag-

vaarding gestelde schade een **n o o d z a k e l ij k** gevolg was van het beweerde gebrek, daarvoor feiten had behooren te stellen bij zijn bewijsaanbod;

en dat, bij gebreke hiervan, de vordering moest worden ontzegd;

„O. dat tegen deze beslissing als *middel* van cassatie is aangevoerd: schending en verkeerde toepassing van de a. 1586, 1588, 1596 en 1902 B.-W.:

a, door te beslissen dat de verhuurder slechts aansprakelijk is voor het uit het gebrek aan het verhuurde noodzakelijk voortgevloeid nadeel, dat de huurder niet had kunnen voorkomen bij het aanwenden van de zorg van een goed huisvader;

b, door, aangenomen dat deze opvatting ware juist, op den huurder den bewijslast te doen rusten die zorg te hebben aangewend, in plaats van zijn bewijsaanbod van het bestaan van het gebrek en daardoor veroorzaakte schade voldoende te verklaren, behoudens door den verhuurder te leveren bewijs van het niet-aanwenden van genoemde zorg door den huurder;

„O. dienaangaande, dat volgens a. 1588 B.-W. de verhuurder tot schadeloosstelling jegens den huurder gehouden is, indien door een gebrek van het verhuurde goed, hetwelk het gebruik daarvan verhindert, voor den huurder eenig nadeel ontstaat;

„O. dat derhalve tusschen het gebrek en het nadeel het verband moet zijn van oorzaak en gevolg, en de huurder kan volstaan met dit te stellen en te bewijzen, terwijl de verhuurder zijnerzijds kan aantoonen, dat het nadeel aan de schuld van den huurder is te wijten, en dat deze als goed huisvader het nadeel had behooren en kunnen voorkomen, doch dat de rechtb., door als eisch te stellen dat het nadeel noodzakelijk uit het gebrek voortvloeit, en door

op den huurder het bewijs te doen rusten, dat hij het nadeel niet had kunnen voorkomen, art. 1588 in verband met de artt. 1586 en 1596 B.-W. verkeerd heeft toegepast en in strijd met art. 1902 heeft beslist, en het *middel* mitsdien in zoover is gegrond;

„Vernietigt het beklaagde vonnis van de arrond.-rechtb. te Assen van 11 Maart 1895;

„Wijst de zaak terug naar gemelde rechtb., ten einde, met inachtneming van dit arr., haar verder te behandelen en te beslissen:

„Veroordeelt de verweerderesse in de kosten in cassatie gevallen."

N° 3502. — Beschikking van 20 Dec. 1895.

(A. 10 der wet van 30 Sept. 1893, St. n° 146)

Kan, door de beslissing dat een merk geacht moet worden in hoofdzaak overeen te stemmen met een ander merk, waarop een verkregen recht bestaat, welke beslissing zuiver feitelijk is, a. 10 *der wet van* 30 *Sept.* 1893 St. *no.* 146 *zijn geschonden.* — NEEN.

Request

Aan den H.-R. der Ned.

„Geeft met den meest verschuldigden eerbied te kennen:

„J. L. W., fabrikant, handelende onder firma L. W., gevestigd en kantoor houdende te Groningen:

„dat, blijkens hierbij gevoegd afschrift van eene beschikking van de arr.-rechtb. te 's-Gravenhage, dd. 16 Juli 1895, de handelsvennootschap onder de firma F. S. jun., gevestigd en kantoor houdende te Leipzig, die voor deze zaak domicilie heeft gekozen te Amsterdam, ten kantore Mrs. E. VAN LIER en J. C. BOAS, aan de Doelenstraat no. 9, bij de rechtb. te 's-Gravenhage heeft ingediend een verzoekschrift, waar-

van de inhoud in nevensgaande beschikking staat vermeld en met conclusie: „dat het der rechtb. moge behagen nietig te verklaren de inschrijving van het door J. L. W., handelende onder de firma L. W., te Groningen, bij het Bureau van den industrieelen eigendom te 's-Gravenhage ingezonden, en op den 20 Mei 1895, onder no. 11027 ingeschreven handels- en fabrieksmerk, waarvan de openbaarmaking is geschied in de bijlage tot de *Ned. Staatscourant* van 1 Juni 1895, no. 127, met veroordeeling van genoemden J. L. W., handelende onder de firma L. W., in de kosten";

„dat hij, om op dat verzoekschrift te worden gehoord, bij gemachtigde den 11n Oct. 1895 is verschenen en het verzoek van de eischende Firma heeft weersproken, als zijnde geheel ongefundeerd en strijdig met een uitdrukkelijke wetsbepaling;

„dat, niettegenstaande hij vermeent dat duidelijk te hebben aangetoond, de rechtb. in raadkamer het verzoek van de eischeresse heeft ingewilligd en de inschrijving door hem, requestrant, gedaan, vernietigd met ontzegging van het door gerequestreerde meer gevorderde;

„dat hij, daar geen hooger beroep tegen die beslissing is geoorloofd, doch wel cassatie, de vrijheid neemt, zich tot uw geëerd college te wenden, daar hij zich ten zeerste gegriefd acht door de beslissing van den rechter te 's-Gravenhage, voor zoover daarbij is verklaard nietig de inschrijving, door requestrant gedaan;

„dat toch, zijns inziens, door de beslissing der arr.-rechtb. te 's-Gravenhage is geschonden a. 10 van de wet van 30 Sept. 1893 (*St.* no. 146), daar, zal eene inschrijving nietig verklaard kunnen worden, het merk *geheel* of in *hoofdzaak* moet overeenstemmen met het door een ander vroeger ingeschreven merk;

„dat, nu ook dat niet het geval is, daar toch het fabrieks-

merk van hem, requestrant bestaat uit een band (kleur is in het midden gelaten) waarop drie concentrische cirkels; in den uitersten cirkel, en over de twee kleinere, bevindt zich op den band een vierpuntige ster, bevattende links de letter *L*, rechts de letter *W*, terwijl rechts boven staat „Eenig fabrikant" en links beneden „Let op fabrieksmerk". Verder bevinden zich links bij langs den band de woorden „Poets Extract. Het beste en giftvrij poetsmiddel voor alle metalen", terwijl rechts bij langs den band staat: „Nieuwste uitvinding. Alleen echt met nevenstaand fabrieksmerk met de roode streep"; terwijl dat van gerequestreerde bestaat uit een rooden band, te midden waarvan zich een globe bevindt, terwijl ter linkerzijde van de globe staat „Frits Schulz Jun. Leipzig", ter rechterzijde „Eenige fabrikant", op de globe boven en beneden het woord „Fabrikzeichen" en midden-in „Fritz Schulz Jun. Leipzig";

„dat derhalve de ingeschreven merken in alle opzichten verschillen, zoodat het publiek nooit in den waan kan geraken, dat, wanneer het poetsartikelen van gerequestreerde wil koopen, die van requestrant daarvoor in ontvangst krijgt;

„dat, dat te voorkomen, dan ook de bedoeling van den wetgever is geweest en niets anders;

„dat, waar de merken dus èn geheel, èn in hoofdzaak verschillen, daar had de rechter *a quo* den gerequestreerde moeten afwijzen met zijn verzoek;

„dat ook de directeur van het Bureau voor den industrieelen eigendom geen bezwaar heeft gemaakt het merk van requestrant in te schrijven, wat deze gedaan zou hebben, wanneer volgens hem die in deze zaken een goeden blik moet hebben, de merken niet in hoofdzaak van elkander verschillen;

„dat verder uit alles blijkt, dat requestrant zijne artikelen niet wil doen verwarren met die van gerequestreerde, daar nog

naast de **s t e r** links staat een *L,* en rechts een *W,* zoodat het publiek duidelijk kan zien, dat de goederen die h ij verkoopt onder z ij n merk, niet afkomstig zijn van gerequestreerde;

„dat ten slotte geheel ten onrechte door gerequestreerde is geposeerd, dat requestrant een fabrieksmerk heeft doen inschrijven waarin zich een roode band zou bevinden, daar, zooals gezegd, de kleur van den band in het door requestrant gedeponeerde fabrieksmerk geheel in het midden is gelaten;

„dat, zoo requestrant op doosjes een fabrieksmerk heeft doen drukken, waarin een roode band voorkomt, hij zich niet aan zijn fabrieksmerk houdt, en indien dat op de doosjes gestelde merk, volgens gerequestreerdes meening bijna gelijk zou zijn met dat door hem gedeponeerd, dan kan gerequestreerde daarvoor eene actie instellen tegen requestrant, doch hij kan op dien grond geene vernietiging vragen van de inschrijving van het door requestrant ingeschreven merk;

„dat hij hierbij overlegt het bewijs van inschrijving;

„dat hij vermeent, dat op grond van een en ander door de arr.-rechtb. te 's-Gravenhage, ten onrechte de inschrijving van zijn merk is verklaard nietig;

„redenen, waarom hij zich tot uwen Raad wendt, met submis verzoek: de beslissing van de arr.-rechtb. te 's-Gravenhage, dd. 25 Oct. 1895, voor zooverre daarbij requestrants fabrieksmerk is nietig verklaard, te vernietigen en te doen wat de rechter *a quo* had behooren te doen, den gerequestreerde niet-ontvankelijk te verklaren in haar verzoek, in elk geval haar daarmede af te wijzen. met veroordeeling van haar in de kosten, zoowel op de verschijning in prima als in cassatie.

Hetwelk doende enz.,

Groningen, 16 Nov. 1895. (*get.*) J. L. WIJNBERG,

Firma LOUÏS WIJNBERG."

Antidotaal request in zake F. Schulz Jun.:

„*Aan den Hoogen Raad der Nederlanden.*

„Geeft eerbiedig te kennen:

„de handelsvennootschap onder de firma F. S. Jun., gevestigd te Leipzig, namens welke dit verzoekschrift wordt onderteekend door Mr. E. VAN LIER, advocaat, wonende te Utrecht, blijkens onderhandsche akte van volmacht (behoorlijk geregistreerd), domicilie kiezende te Amsterdam, ten kantore van Mrs. E. VAN LIER en J. C. BOAS, aan de Doelenstraat no. 9;

„dat op het daartoe door den requestrant ingediend verzoekschrift de arr.-rechtb. te 's-Gravenhage, bij hare beschikking van 25 Oct. 1895, heeft nietig verklaard de inschrijving van het door J. L. W., handelende onder de firma L. W., te Groningen, ingezonden en op 20 Mei 1895, onder no. 11027 ingeschreven handels- en fabrieksmerk, waarvan de openbaarmaking is geschied in de *Nederl. Staatscourant,* van 1 Juni 1895, no. 127;

„dat op 19 Nov. 1895 aan de req^e^, aan het door haar gekozen domicilie, is beteekend een verzoekschrift door J. L. W. voornoemd, ingediend bij uwen Raad, waarbij hij tegen voormelde beschikking der arr.-rechtb. te 's-Gravenhage, zegt beroep te doen in cassatie, als zoude door laatstgenoemd college zijn geschonden art. 10 der wet van 30 Sept. 1893 (*St.* no. 146), en vernietiging van voormelde beschikking verzoekt;

„dat de rechtb. bij hare voormelde beschikking feitelijk heeft uitgemaakt: „dat het merk van den gerequestreerde (W.) niet anders kan worden geacht dan in hoofdzaak „overeen te stemmen met het merk der requestrante (F. S. „Jun.)", tot welk oordeel de rechtb., mede volgens hare beslissing, geleid is door: „een vergelijking der respectieve

„merken van partijen en met het oog op de beschrijving „daarvan";

„dat alleen de *judex facti* heeft te beoordeelen of een ingeschreven merk geheel of in hoofdzaak overeenstemt met dat, waarop een ander recht heeft voor dezelfde soort van waren (zooals o. a. door den H.-R. werd beslist bij arrest van 7 Dec. 1893, overeenkomstig de conclusie van den heer Proc.-Gen. in zake D. (v. d. Hon. *B.-R.* LIX, 375);

„dat blijkens de bestreden beschikking zelf tusschen partijen buiten geschil is, en dus tevens feitelijk vaststaat, dat de merken van partijen gelden dezelfde soort van waren;

„dat dus de in het middel genoemde wetsbepaling door de aangevallen beslissing niet kan zijn geschonden;

„dat het dan ook onnoodig is, te wijzen op de onjuiste feitelijke voorstellingen, in het verzoekschrift van J. L. W. voorkomende, als onder anderen die, waarbij beweerd wordt, dat in de beschrijving van diens merk alleen sprake zoude zijn van een band, kleur in het midden gelaten, terwijl daarin toch uitdrukkelijk wordt vermeld: „Alleen echt met nevenstaand fabrieksmerk met de „roode" streep";

„Redenen waarom de requestrante zich eerbiedig wendt tot uwen Raad, dat het hem moge behagen, bovenvermeld verzoek van J. L. W., firma L. W., te wijzen van de hand.

Hetwelk doende enz.,
(*get.*) E. van Lier."

Conclusie van den Proc.-Gen., Mr. H. Polis:

„De Proc.-Gen.,

„Gezien vorenstaand request, het daartegen ingediende antidotaal request, en de door partijen overgelegde stukken;

„Gelet op het voorgestelde *middel;*

„O., dat a. 10 der wet van 30 Sept. 1893, *St.* no. 146, niet bepalende in welke gevallen een merk met een ander,

waarop een verkregen recht bestaat, geacht moet worden in hoofdzaak overeen te stemmen, *eo ipso* de beslissing of zoodanige overeenstemming zich voordoet aan den *judex facti* overlaat, en dus door de beslissing van de rechtb., dat het merk van de gerequestreerde (J. L. W.), niet anders kan geacht worden dan in hoofdzaak overeen te stemmen met het merk der gerequestreerde (de firma F. S. Jun.), beslissing die zuiver feitelijk is, gemeld a. 10 niet kan zijn geschonden;

„Concludeert tot verwerping van het beroep."

BESCHIKKING. — De H.-R. der Ned. enz.;

„Gezien het vorenstaand verzoekschrift en de daarbij overgelegde stukken, alsmede het daartegen ingediende antidotaal met de bijlagen;

„Gezien de vorenstaande conclusie van den Proc.-Gen.;

„zich vereenigende met die conclusie, en de motieven daarvan overnemende;

„Verwerpt de voorziening in cassatie."

N°. 3503. Arrest van 20 Dec. 1895.

(A. 5, no. 3 B.-W.)

Stelt a. 5, no. 3 B.-R. wel den eisch, dat de dagvaarding zal vermelden de vordering en de gronden waarom de eischer beweert, dat hem die vordering moet worden toegewezen, maar is de vraag, of de eischer dit te recht *beweert, en of de door den eischer in de dagvaarding vermelde middelen zijn van dien aard, dat de conclusie der dagvaarding daaruit noodzakelijk volgt, eene vraag, rakende de al dan niet toewijsbaarheid der vordering, welke niet te pas komt bij het onderzoek, of de dagvaarding, als niet bevattende wat bij a. 5 no. 3 B.-R. formeel is voorgeschreven, moet worden nietig verklaard?* — JA.

De Proc.-Gen. Mr. POLIS heeft in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„In eersten aanleg en in appel is de introductieve dagvaarding in dezen nietig verklaard, niet omdat zij niet inhoudt de *middelen* van den eisch, maar omdat a. 5, n^0 3, B.-R. geene andere uitlegging gedoogt dan deze, dat de *middelen*, welke de dagvaarding moet inhouden van zoodanigen aard moeten zijn, *dat de conclusie der dagvaarding er noodzakelijk uit volgt,* wat het geval niet zou zijn, vermits deze dagvaarding niets anders inhoudt dan dat de eischeresse in Maart, April en Mei 1892 papier aan den gedaagde heeft verkocht en geleverd, en zij te dier zake *f* 144.22 te vorderen heeft, maar daarbij noch hoedanigheid, noch hoeveelheid, noch prijs van het geleverde wordt vermeld.

„Het is mij niet duidelijk, waarvoor in deze de conclusie der dagvaarding niet uit hetgeen daarbij gesteld wordt, zou volgen. Want, de eischeresse stellende dat zij van de ged^e de in de dagvaarding uitgedrukte som te vorderen heeft, ter zake van door haar aan den ged^e in de maanden Maart, April en Mei 1892 verkocht en geleverd papier, passeert met der daad, dat de ged^e haar den koopprijs van het hem door haar verkochte en geleverde papier, bedragende *f* 144.22 schuldig is, welk *positum* bewezen zijnde, de gevraagde veroordeeling tot betaling volkomen zou wettigen, ook al zijn de hoedanigheid, de hoeveelheid en de prijs van elke der geleverde papiersoorten niet in de dagvaarding gespecificeerd.

„Maar al kon men aannemen, dat uit hetgeen in deze dagvaarding tot staving van den eisch is aangevoerd, de conclusie der dagvaarding niet noodzakelijk volgt, de beslissing van de rechtb. zou daarmede niet zijn gerechtvaardigd, omdat a. 5, n^0. 3, B.-R. niet voorschrijft, dat de dagvaarding *middelen* moet bevatten *van zoodanigen*

aard dat zij, bewezen zijnde, tot toewijzing der vordering moeten leiden, maar slechts, dat de dagvaarding *de middelen van den eischer* moet behelzen; dus, dat de dagvaarding de *middelen* moet aanwijzen, waarop de eischer zijne vordering grondt. En indien dus de eischer in zijne dagvaarding *middelen* aanvoert, die zijne conclusie niet kunnen wettigen, *middelen* die, al was het daarbij gestelde bewezen, toch niet tot de gevraagde condemnatie zouden kunnen leiden, dan zal daarvan wel het gevolg zijn, dat den eischer zijne vordering niet zal kunnen worden toegewezen, maar dan voldoet toch zijne dagvaarding *formeel* aan den eisch der wet, en zal zij niet, als niet behelzende de *middelen* van den eisch, nietig verklaard kunnen worden.

„Volgens den verw. zou de rechtb. de tot dusverre besproken beslissing slechts *ten overvloede* hebben gegeven, en zou zij, evenals de ktnr hebben aangenomen, dat ten gevolge van de onvolledigheid der dagvaarding de ged^e^ zich daarop niet kan verdedigen, zoodat, volgens den verw., de dagvaarding als *obscurus libellus* zou zijn nietig verklaard, en de voorziening op eene feitelijke beslissing zou afstuiten. Het is mij niet gelukt, in de uitspraak van de rechtb. te vinden wat de eischer aldus daarin gelezen heeft. Maar indien dat daarin stond, het zou dan toch niet zijn eene feitelijke beslissing, omdat de vraag of eene dagvaarding overeenkomstig de voorschriften van de wet is ingericht, in de wet hare oplossing moet vinden, en het dus ook eene rechtsvraag is of eene dagvaarding, zooals zij bestaat, de *middelen* van den eisch bevat, d. i. (ik geef gaarne toe dat dit de bedoeling is der wet) zoodanige opgave der gronden voor de vordering, dat de ged^e^ kan weten, waarvoor het geëischte van hem gevorderd wordt, en hij zich daartegen kan verdedigen. En indien de dagvaarding in deze door de rechtb. als *obscurus*

libellus ware nietig verklaard, dan zou ook die beslissing, m. i. in strijd zijn met de wet, omdat hier aan den eisch van a. 5, n° 3, B.-R. is voldaan, nademaal door het gestelde is te kennen gegeven op welken grond de condemnatie wordt gevraagd, en de ged^e zich op deze dagvaarding zou kunnen verdedigen door de schuld geheel of gedeeltelijk te ontkennen, als wanneer de eischer zou hebben te bewijzen, dat hij papier in zoodanige hoeveelheden en van zoodanige qualiteit en prijs aan den ged^e verkocht en geleverd heeft, dat hem daarvoor de gevorderde som verschuldigd is.

„Het *middel,* waarbij schending en verkeerde toepassing wordt beweerd van de a. 5 en 92 B.-R. en 1509 B.-W., acht ik dus gegrond, en mitsdien strekt mijne conclusie tot vernietiging van het beklaagde vonnis, en dat de Raad, mede vernietigende het vonnis van den ktnr, de dagvaarding geldig zal verklaren, met verwijzing der zaak naar den ktnr, en veroordeeling van den verw. in de kosten van cassatie, en in die, welke in eersten aanleg en in appel op de door hem voorgestelde exceptie zijn gevallen."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O., dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 5 en 92 B.-R. en a. 1549 B.-W., omdat, waar feitelijk vaststaat, dat de dagvaarding stelt, dat eischeresse van den gedaagde heeft te vorderen *f* 144.20, voor door haar aan ged^e in Maart, April en Mei 1892 verkocht en geleverd en door hem van eischeresse gekocht en ontvangen papier, en op dien grond vraagt veroordeeling tot betaling, — waar aldus de dagvaarding poseert eene bepaalde inschuld, met den feitelijken grond, waarop zij rust, — niettemin de rechtb. de dagvaarding heeft nietig verklaard, omdat zij niet zou

inhouden „zoodanige *middelen,* die den eisch rechtvaardigen", daarbij voorbijziende, dat zulks voor de geldigheid der dagvaarding als zoodanig niet noodig is, en dat bovendien uit het gestelde *positum,* wordt het bewezen, de gevraagde condemnatie rechtens zal volgen;

„O., dat, gelijk in deze feitelijk vaststaat, bij de oorspronkelijke dagvaarding is gesteld, dat de eischeresse van den ged^e te vorderen heeft *f* 144.22 voor door haar aan ged^e in Maart, April en Mei 1892 verkocht en geleverd en door hem van eischeresse gekocht en ontvangen papier en daarbij voorts werd gevorderd veroordeeling van den ged^e om, tegen kwijting aan de eischeresse, te betalen *f* 144.22, in voege voorschreven verschuldigd, met de renten en kosten;

„O., dat de ged., in eersten aanleg beweerende, dat de dagvaarding niet bevatte de *middelen* van den eisch, heeft voorgesteld de exceptie van nietigheid dier dagvaarding, en dat de kntr, die exceptie gegrond oordeelende, de dagvaarding heeft nietig verklaard;

„O. dat dit vonnis des kntrs bij vonnis der rechtb. in hooger beroep is bevestigd, uit overweging, dat de *middelen* der onderwerpelijke dagvaarding niet zijn van dien aard, dat de conclusie der dagvaarding er noodzakelijk uit volgt;

„O., dat door handhaving op dien grond van de nietigverklaring der dagvaarding, a. 5 aanhef en n° 3 in verband met a. 92 B.-R. verkeerd is toegepast;

„O. toch, dat het hierbij gegeven voorschrift, dat de dagvaarding, op straffe van nietigheid, moet behelzen de *middelen* en het onderwerp van den eisch, met eene duidelijke en bepaalde conclusie, hiermede wel den eisch stelt, dat de dagvaarding zal vermelden *wat en waarom* het gevorderd wordt, met andere woorden: de vordering en de gronden waarop de eischer beweert, dat hem die vor-

dering moet worden toegewezen, maar dat de vraag, of de eischer dit *te recht* beweert, en of de door den eischer in de dagvaarding vermelde *middelen* zijn van dien aard, dat de conclusie der dagvaarding daaruit noodzakelijk volgt, is eene vraag, rakende de al dan niet toewijsbaarheid der vordering, maar welke niet te pas komt bij het onderzoek, of de dagvaarding, als niet bevattende wat bij a. 5, no 3, B.-R. formeel is voorgeschreven, moet worden nietig verklaard;

„O. dat, terwijl mitsdien het *middel* van cassatie in zoover is gegrond, en alzoo, met vernietiging der beide in deze gewezen vonnissen, de dagvaarding moet worden geldig verklaard, een onderzoek naar hetgeen verder bij dat *middel* is beweerd, onnoodig is;

„Vernietigt het bestreden vonnis der arr.-rechtb. te Amsterdam van 20 Juni 1895, alsmede het daarbij bevestigde vonnis van den rechter in het 2e kanton van het arrondissement Amsterdam van 8 Nov. 1894;

„Verklaart de oorspronkelijke dagvaarding van 23 Oct. 1894 geldig;

„Verwijst de zaak naar den rechter in het 2e kanton van het arrondissement Amsterdam, om, met inachtneming van dit arr., verder te worden behandeld en beslist;

„Veroordeelt den verw. in de kosten in eersten aanleg en in appel op de exceptie van nietigheid der dagvaarding en in cassatie gevallen."

N°. 3504. — Arrest van 27 December 1895.

(A. 53 der Staatsregeling van 1798, Wet van Louwmaand 1808. — Kon. Besl. van 26 Juli 1820 en 18 Mei 1827, St. No. 25).

Waren de gilden, welk rechtskarakter zij overigens droegen, in elk geval met rechtspersoonlijkheid omkleede

vereenigingen, vatbaar om, evenals natuurlijke personen, een vermogen te bezitten, welke vatbaarheid slechts zoolang stand hield als het geldende recht die rechtspersoonlijkheid erkende? — JA.

Zijn de oude, door art. 53 *der Staatsregeling van* 1798 *afgeschafte gilden blijven voortbestaan als vereenigingen van werklieden tot bepaalde doeleinden?* — JA.

Is ten aanzien der Amsterdamsche gilden en bepaaldelijk ten aanzien van het voormalig Koornmeters- en Zettersgild uitvoering gegeven aan a. 53 *der Staatsregeling van* 1798 *in de ter uitvoering daarvan van het Uitvoerend Bewind uitgegane publicatie van* 5 *October van dat jaar?* — JA.

Is voormeld gild daarna de facto *blijven voortbestaan?* — NEEN.

Had de wet van Louwmaand 1808 *tot hoofddoel de wettiging van het onder medewerking der plaatselijke besturen vestigen van nieuwe ambachtsvereenigingen?* — JA.

Gold, aangenomen zelfs dat zij daarnevens de erkenning van oude gilden bevatte, die erkenning nog slechts gilden, welke aan de toepassing der verordening van 1798 *waren ontsnapt?* — JA.

Reiken de Koninklijke Besluiten van 26 *Juli* 1820 *en van* 18 *Mei* 1827, *St. no.* 25, *voor zoover zij betrekking hebben op gildegoederen, niet verder dan de bestemming der inkomsten?* — JA.

Kan de Staat, gelijk iedereen, van wien iets geëischt wordt ten aanzien van een der Grootboeken van de Nationale Schuld, vorderen, dat hij, die in persoon als rechthebbende opkomt, bewijze, dat hij is de persoon, voor wien hij zich uitgeeft, dat is in het onderwerpelijk geval het bewijs der identiteit der tegenwoordige vereeniging van Koornwegers met het oude gild van dien naam? — JA.

Namens den Proc.-G. heeft de Adv.-G. PATIJN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Waar de voor veertien dagen gehouden pleidooien uit den aard der zaak voor een goed deel dezelfde argumenten bevatten als reeds in eersten aanleg aangevoerd en ik

mijne meening daarover heb gezegd bij mijne aan uw arr. van 6 December 1894 [1]) voorafgaande conclusie, zoo zal de H.-R. het mij, vertrouw ik, niet euvel duiden, wanneer ik niet bij al de toen behandelde punten stil sta, maar in hoofdzaak naar die conclusie verwijs.

„Een woord vooraf over de beweegredenen, die volgens de Memorie van grieven den Staat aanleiding hebben gegeven om te komen in revisie.

„Uitdrukkelijk wordt gezegd, dat de Staat op den eigendom der kapitalen geen aanspraak maakt, maar, — zoo lezen we daar, — „het doel van het verzet van den Staat is, dat de kapitalen voor hunne bestemming behouden blijven en niet te eeniger tijd verdeeld worden onder hen, die op den bepaalden dag leden der tegenwoordige Vereeniging van korenwegers-meters zullen zijn."

„Met allen eerbied voor die vaderlijke zorg van den Staat, moet ik opmerken, dat het toch alleen de vraag kan zijn of de Staat het recht heeft de gevraagde afschrijving van de kapitalen te weigeren. Hebben de oorspronkelijke eischers in hunne kwaliteit het recht die afschrijving te vorderen, dan gaat het den Staat niet aan met welk doel zij dit vragen en, evenmin als hij het zou kunnen verhinderen, indien de thans bestaande corporatie mocht goedvinden al hare overige bezittingen te gelde te maken en des noods te verdeelen, evenmin kan hij de afschrijving van de ten name van de eischers ingeschreven kapitalen weigeren op grond dat de vrijkomende gelden aan hunne bestemming zouden kunnen worden onttrokken.

„Door de oorspronkelijke eischers is een beroep gedaan op de formeele natuur van het Grootboek. Dit punt is bij uw arr. niet behandeld, maar heeft, naar aanleiding van het

---

[1]) Zie v. d. Hon. *B.-R.* LX, 352.

derde punt in de Memorie van grieven vervat, thans meer dan vroeger een punt van debat uitgemaakt.

„Daarover dus in de eerste plaats een enkel woord.

„De eischers stellen: wij hebben hier te maken met eene vrije inschrijving en de Staat is verplicht tot overschrijving mede te werken, omdat op de afteschrijven kapitalen geen ingeschreven verbanden rusten.

„Terecht echter wijst eischer in revisie er op, dat de inschrijvingen op de beide Grootboeken niet identiek zijn. Die op het Grootboek $2^1/_2$ pCt. staat ten name van: „Amsterdam (Het Korenmeters en Zetters-gilde te)" die op het Grootboek $3^1/_2$ pCt. ten name van „Amsterdam (Het korenmeters- en zettersfonds te)".

„Toen ik in eerste instantie concludeerde tot toewijzing der vordering in haar geheel geschiedde zulks niet met een beroep op de *formeele* natuur van het Grootboek, maar omdat ik aannam, dat het oude gild feitelijk was blijven voortbestaan en dat aan dit thans nog bestaand zedelijk lichaam toebehoort al wat vroeger aan het oude gild had toebehoord, zoodat, waar de Staat stelde, dat de op het Grootboek $3^1/_2$ pCt. voorkomende inschrijving de opbrengst vertegenwoordigt der onroerende goederen, welke aan het gild toebehoorden, ook die kapitalen door het gild konden worden afgeschreven.

„Beroepen de oorspronkelijke eischers zich op de formeele natuur van het Grootboek, dan zou dit beroep hun echter m. i. hoogstens kunnen baten voor de inschrijving op het Grootboek $2^1/_2$ pCt.

„Deze is m. i. eene *vrije* inschrijving; eene „zoodanige toch, waarbij de houder de vrije beschikking heeft voor het ten zijnen name ingeschreven kapitaal" [1]), in tegen-

---

[1]) Zie NEEB, *De Grootboeken der Nationale Schuld,*" 3e druk, blz. 17.

overstelling van de gekwalificeerde, waarbij hij door eene „aanteekening, in het hoofd voorkomende, in die beschik-„king wordt beperkt," — of, zooals 's H.-R. arr. van 31 „Dec. 1894 (v. D. HON. *B.-R.* LVII, 444) ze omschrijft: waarop „niet alleen de schuld van den staat zelven, maar een of „ander recht van een ander op die schuld is ingeschreven."

„Waar dus, zonder eenig verband, het *gild* als schuldeischer van den Staat is ingeschreven, daar kan ook dat gild de afschrijving vorderen. De eischers vragen dus in hunne kwaliteit van *bestuurders* van het gild, alzoo als de personen, die krachtens het bepaalde in a. 1692 B.-W. gerechtigd zijn om, zoo daaromtrent niet anders is bepaald, in naam van het lichaam te handelen.

„De Staat zou slechts dan zijn medewerking kunnen weigeren, wanneer hij kon aantoonen òf dat de inschrijving geen vrije inschrijving was, òf wel dat zij, die de afschrijving vragen, krachtens wettelijke bepalingen niet bevoegd zijn tot die handeling over te gaan. Noch het een noch het ander is m. i. het geval.

„Wel is in het Grootboek 2½ pCt., ten aanzien van twee ten name van het gild staande kapitalen, een verband ingeschreven, maar daarvan wordt geen afschrijving gevraagd, maar voor het overige is de inschrijving geheel vrij en de eigenaar of rechthebbende zal daarover, krachtens het bepaalde bij a. 14 der wet van 1809, ten allen tijde bij overschrijving kunnen beschikken (1).

„Zegt nu de Staat: „gij zijt niet onze schuldeischer," dan stuit m. i. die bewering af op het feit, dat van 1815 af, — toen dus, volgens den Staat, het oude Koornwegersmetersgild reeds niet meer bestond, — de thans bestaande Vereeniging van dien naam als schuldeischer van den Staat

1) Zie Mr. KIST, *Het Grootboek der Nationale schuld*, blz. 31 v.

op het Grootboek voorkomt, die voortdurend op dat hoofd werd ingeschreven en aan den aldus ingeschreven schuldeischer tot op heden de renten zijn uitbetaald. De medewerking van den Staat tot de gedeeltelijke afschrijving in 1891 is zelfs met die door den Staat gevoerde bewering niet geheel te rijmen. Waren toch de hoofd- en overlieden slechts *beheerders* van het oude gildegoed, hoe kon dan de Staat medewerken tot eene door hen in die kwaliteit van *bestuurders* van het gildegoed gevraagde afschrijving van kapitalen *niet* aan het gild toebehoorend?

„Beweert nu de Staat, en hiermede stap ik van dit punt af, dat hij de renten alleen aan de eischers als beheerders van het gildegoed heeft uitbetaald, dan komt het mij voor dat die bewering in strijd is met de inschrijving, zooals die op het Grootboek 2½ pCt. voorkomt. Stond er b. v. „de beheerders of administrateurs van het gild" dan zou men met recht kunnen beweren: de uitbetaling van renten verplicht den Staat niet tot afschrijving van het kapitaal mede te werken, want dan zoudt gij het recht ook tot afschrijving en vervreemding moeten bewijzen, maar zulks is *in casu* niet het geval. Het *gild*, als zoodanig, komt als schuldeischer op het Grootboek voor, en de betaling van de renten geschiedde aan het gild, aan het onder dien naam ingeschreven zedelijk lichaam, afgescheiden van de vraag of men daarbij aan het oude gilde dan wel aan eene nieuwe corporatie heeft te denken.

„De voor dit proces m. i. alles afdoende vraag is echter deze: mag men aannemen, dat het oude Koornwegers-meters,-zettersgild te Amsterdam, ook na 1798, als een door de wet en Regeering erkende corporatie is blijven voortbestaan, die tot op heden gebleven is in het bezit van hetgeen aan dit oude gild toebehoorde?

„Die vraag werd, in overeenstemming met mijne con-

clusie, door uw collegie bevestigend beantwoord. Daartegen is de eerste grief van den Staat gericht.

„Ik ben het met den geëerden pleiter voor den Staat geheel eens: „het wezen van het gild was: toelating tot „het ambacht door het gild", en ik heb ook nimmer toegegeven dat a. LIII van de Staatsregeling van 1798 slechts „*eene thesis in de lucht bevatte*". Het tegendeel is waar; ik erken, dat door de Staatsregeling van dat jaar aan het bestaan der gilden „*als berustende op gildendwang en monopolie*" voor goed een einde is gemaakt.

„Van dat oogenblik af aan vermocht een ieder zoodanig ambacht of nering uit te oefenen, zonder dat het noodig was lid te zijn van eenig gild, corporatie of broederschap van neringen, ambachten of fabrieken", zooals ze in gezegd a. LIII worden genoemd.

„Aan het voorschrift, in dat a. vervat, is speciaal te Amsterdam uitvoering gegeven door de Publicatie van 5 October 1798 en het Besluit van het Comité van Algemeen Welzijn der stad Amsterdam van 10 Oct. d. a. v.

„Beroept nu de Staat zich op den inhoud dier stukken ten bewijze van de stelling, dat ook dit gild voorgoed is ontbonden, dan is het toch niet zonder eenige beteekenis, dat op de lijst, voorkomende aan het slot van laatstgenoemd Besluit, waar we de lijst aantreffen van de alzoo ontbonden gilden, het Koornwegers-meters-gild *niet* voorkomt. Hoewel ik erken, dat omtrent de redenen, die daartoe hebben geleid, slechts gissingen mogelijk zijn, zoo is het m. i. in verband met hetgeen de historie ons verder leert, niet gewaagd aan te nemen, dat wij de oorzaak daarvan moeten zoeken in het geheel bijzonder karakter van dit gild, dat niet alleen was eene vereeniging van individuen, die hetzelfde ambacht uitoefenen, maar tevens was eene voor de belasting-heffing onmisbaar orgaan.

„Dat na de Staatsregeling van 1798 de meeste gilden spoorloos verdwenen zijn, spreekt van zelf: 't was het noodwendig gevolg van de toen erkende vrijheid van uitoefening van neringen en ambachten, en wel het eerst zullen verdwenen zijn al die gilden, die op het oogenblik ter ontbinding geene of geen genoegzame bezittingen hadden; geen materieelen band, die de leden der ontbonden vereeniging nog bijeen hield.

„Daaronder behoorde zeer stellig het koornwegers-metersgild niet; en is het reeds uit dien hoofde onaannemelijk, dat de onder dien naam bestaande vereeniging zou hebben opgehouden te bestaan, nog onwaarschijnlijker wordt dit, wanneer men denkt aan dat zeer bijzonder karakter van dit gild, waarop ik zoo even wees. Men kon in Amsterdam de hulp van die *corporatie,* zooals ze bestond en werkte, en zooals ze feitelijk is blijven voortbestaan voor den handel en voor de inning der belastingen, niet missen.

„Wanneer we zien, wat kort na 1798 en later ten aanzien van dit gild is geschied, dan wil het mij voorkomen, dat de stedelijke regeering te Amsterdam met de toen door dat Uitvoerend Bewind gegeven bevelen, als ik het zoo eens mag noemen, zoo wat heeft getransigeerd. Er in het geheel geen uitvoering aan geven, dat ging niet; men verklaarde dus alle gilden, zooals de Publicatie voorschreef, voor ontbonden, maar op de lijst van de aldus ontbonden gilden, vermeldde men dit gild niet; men ontsloeg ja de oude hoofd- of overlieden, maar stelde onmiddellijk dezelfde personen weêr aan tot provisionele commissarissen; men liet door dezen de verlangde en aan de Eerste Kamer in te zenden opgaven doen, maar men liet de feitelijk voortbestaande corporatie in al de bezittingen van het oude gild; men bleef voortgaan personen tot nieuwe leden daarvan te admitteeren en te beëedigen, en bevestigde

toen en later de keuren, ordonnantiën en reglementen van het oude gild, — en zegt men nu: ja, maar alleen voor zoover die de handhaving van de goede politie betroffen, zooals ook de Publicatie van 1798 voorschreef, — dan antwoord ik, dat die keuren enz. mede betroffen de geheele samenstelling en inrichting van het gild, waarvan de instandhouding, door de functiën die het verrichtte, noodzakelijk was.

„Ik veroorloof mij, te dien aanzien te verwijzen naar mijne vorige conclusie, waarin ik uit de historie trachtte aan te toonen hoe dit gild, ook na 1798, niettegenstaande de opheffing der gilden in dat jaar, feitelijk is blijven voortbestaan; naar de woorden van Hultman bij de indiening der wet van 13 Januari 1808, dat de gilden „niettegenstaande het besluit van a. LIII der Staatsrege-„ling, in eenige der voornaamste en aanzienlijkste steden „al dan niet met recht, echter met de daad waren blijven „bestaan", — en naar de a. van die wet zelve, die het bestaan van gilden uitdrukkelijk erkende.

„Voert nu de eischer in revisie, speciaal ten aanzien van de wet aan, dat ze zeer spoedig is te niet gegaan, dan merk ik op, dat zij in ieder geval als historisch feit hare volle waarde behoudt, en ten andere, dat zij emaneerde van het op dat oogenblik bevoegd gezag en dus *wet* was, en zegt nu de Staat: ja, maar door de uitvoering in 1798 in *Amsterdam* aan a. LIII gegeven zijn alle gilden aldaar, en dus ook dit gild, ontbonden, dan wil ik gevraagd hebben hoe daarmede te rijmen de Notificatie van den maire van *Amsterdam* van 1 Mei 1811, waarin, juist met een beroep op die wet, wordt gezegd, dat alle twijfel of de gilden al dan niet gerekend moeten worden vooralsnog te blijven bestaan, te eenenmale is komen te vervallen.

„De Staat geeft zelf in zijne Memorie van grieven toe,

dat de afschaffing der gilden niet ten gevolge gehad heeft, dat al hetgeen tot die instellingen behoorde, op eenmaal werd weggevaagd; dat dit speciaal ook geldt ten aanzien van dit gild; maar, zoo zegt men: die nieuwe vereenigingen waren *juridiek* nieuwe en andere vereenigingen dan de afgeschafte gilden.

„Met allen eerbied voor het gevoelen van den geachten pleiter, meen ik, dat men aan de uitdrukking in 1798, dat alle gilden worden *ontbonden,* eene te groote *juridieke* beteekenis hecht, en dat wij speciaal ten aanzien van dit gild te denken hebben aan een van die gilden „die, al dan niet met recht, echter in de daad" waren blijven bestaan.

„Ik kan het niet beter uitdrukken dan met de woorden in de Memorie van grieven voorkomend: „De leden van „het afgeschafte gild bleven zich vereenigen, hunne over- „lieden hebben het beheer van het archief en van de „overige goederen van het gild, met het oog op de be- „lastingheffing werden de korenwegers en -meters door het „gemeentebestuur toegelaten en beëedigd", en verder: „de bedoelde vereenigingen hebben *feitelijk* de afgeschafte „gilden *voortgezet.*"

„Is dit dan iets anders dan, zooals ik het noemde: „het treden van de nieuwe corporatie in de schoenen van het oude gild," en wanneer de Staat dat alles toegeeft, dan is het mij niet recht duidelijk, hoe hij kan volhouden, dat de goederen van het oude gild niet zouden toebehooren aan de vereeniging, die *feitelijk* het afgeschafte gild heeft voortgezet?

„Ik zou willen vragen, aan wie anders?

„De Staat zegt, er heeft nimmer *toewijzing* van de goederen aan de nieuwe vereeniging plaats gehad. Ik geef dit toe, maar ik vraag me af, was die toewijzing noodzakelijk? Ik geloof het niet, wanneer men eenmaal aan-

neemt, dat de na 1798 voortbestaande vereeniging de *voortzetting* was van de oude.

„Ik wees er reeds vroeger op hoe men in 1798 hier te lande niet zoover is durven gaan als in Frankrijk, waar, kort na de afschaffing der gilden, hunne goederen werden verbeurd verklaard. Hier was omtrent die goederen niets bepaald, dan alleen dat, in plaats van de over- of hoofdlieden, die tot dusver het beheer en de administratie daarover hadden gevoerd, provisioneele commissarissen daarmede zouden worden belast, aan wie uit den aard der zaak alle effecten, gelden, boeken en fondsen moesten worden overgegeven, ten einde hen in staat te stellen het beheer te voeren.

„Moge al eene latere voorziening omtrent den eigendom en het lot van de aan de gilden toebehoorende bezittingen in de bedoeling van den wetgever van 1798 hebben gelegen, zeer zeker heeft die toen niet plaats gehad. Er zullen zeer zeker goederen geweest zijn, die door het ophouden van het gild, *bona vacantia* geworden zijn, waaromtrent dan ook later beslissingen zijn genomen; maar daar, waar, zooals *in casu*, de vereeniging bleef bestaan, die het afgeschafte gild feitelijk voortzette, daar is men m. i. niet gerechtigd uit het enkele feit, dat in plaats van de oude overlieden provisioneele commissarissen werden aangesteld, de gevolgtrekking te maken, dat die vereenigingen op eenmaal van hare bezittingen werden beroofd, en opmerkelijk vond ik, dat in de Publicatie van 28 Juni 1799, dus na de uitvoering aan a. LIII gegeven, tot tweemaal toe wordt gesproken niet van de fondsen, die aan de vernietigde gilden en corporatien *hebben* toebehoord, maar „*die bij dezelve bezeten worden.*"

„Ik vereenig mij dus geheel met de beslissing van uwen Raad, waar we lezen: „dat uit een en ander volgt,

„dat de vereeniging, waarvoor de eischers optreden, privaat-„rechtelijk is de van ouds bestaande vereeniging, die, van „1798 tot 1808 provisioneel gehandhaafd, sedert 1808 door „het openbaar gezag als zedelijk lichaam is erkend; dat „zij als zoodanig eigenares is der goederen door haar in „vroegeren en lateren tijd bijeengebracht, en dat zij de „vrije beschikking daarover heeft, zonder daarin door „eenig wettig voorschrift belemmerd te zijn."

„Mij rest, ten slotte nog een woord te zeggen over de tweede en laatste grief van den eischer in revisie, waar beweerd wordt, dat aan de oorspronkelijke eischers slechts het beheer over het gildegoed toekomt.

„De vraag naar de juistheid dezer stelling hangt ten nauwste samen met de beslissing omtrent de vraag of het onderhavige gild al dan niet is blijven voortbestaan.

„Eischer in revisie beroept zich op het Kon. besluit van 26 Juli 1820, — ik zal over dat besluit en dat van 18 Mei 1827, *St.* n°. 25, niets meer zeggen, maar veroorloof me te dien aanzien te verwijzen naar mijne vroegere conclusie, — slechts een enkel woord over de nu gevoerde bewering, dat het in 1798 aan de provisioneele commissarissen opgedragen beheer, slechts *beheer* omvatte, niet de bevoegdheid tot vervreemding.

„Men dient hier m. i. te onderscheiden. In verreweg de meeste gevallen zal dit waar geweest zijn. Waar de gilden, aan wie die goederen hadden toebehoord, geheel verdwenen, geene vereenigingen overbleven, die daarop aanspraak konden maken, daar hadden de provisioneele commissarissen zeer zeker, — bij gemis van wettelijke bestemming van die goederen en fondsen, — alleen het *beheer;* zij werden juist aangesteld ter voorkoming dat de aan de vernietigde gilden toebehoord hebbende goederen op eenigerlei wijze zouden worden vervreemd of weerloos

gemaakt; [1]) maar daar, waar het gild, al zij het dan in gewijzigden vorm bleef voortbestaan, waar de vereeniging het bestaan van het afgeschafte gild bleef voortzetten, en ook feitelijk bleef in het bezit van al hetgeen vroeger aan het oude gild toebehoorde, — hetgeen m. i. ten aanzien van dit gild moeilijk is te loochenen, — daar was de taak en de bevoegdheid van die commissarissen, later weêr hoofd- of overlieden genoemd, geene andere dan die van de oude bestuurders van dien naam, die, behoudens hunne verantwoordelijkheid en rekenplichtigheid, zooals bij de keuren en reglementen was geregeld, bevoegd waren voor de vereeniging te handelen en de fondsen op zoodanige wijze te beleggen als hun goeddacht, waarbij ook vervreemding niet was uitgesloten.

„Zulks heeft dan ook met dit gild feitelijk plaats gehad. De Staat zelf stelt, zooals wij zagen, dat het op het Grootboek $3^1/_2$ pCt. ingeschreven kapitaal de opbrengst vertegenwoordigt van onroerende goederen, welke aan het gild toebehoorden: de *beheerders* hebben dus na 1798 (ik weet niet of zij toen den naam droegen van provisioneele commissarissen dan wel weder van over- en hoofdlieden) onroerende goederen van het gild vervreemd en het provenu daarvan op het Grootboek doen inschrijven, *quo jure* zal men dan nu de bevoegdheid ontzeggen om die inschrijving weder van het Grootboek af te nemen.

„Het besluit van 26 Juli 1820 is ook m. i. voor deze zaak van geen belang; „de strekking toch van dit Besluit „was alleen, — zooals uw arr. het uitdrukt, — eene be„stemming aan te geven voor goederen, die na de ontbin„ding van een vroeger bestaan hebbend gild vacant waren

[1]) Men zie de door mij in mijne vroegere conclusie aangehaalde plaats bij WAGENAAR.

„geworden, maar geenszins voor goederen, toebehoorende „aan nog bestaande vereenigingen.”

„Ik meen hiermede te kunnen volstaan ter motiveering van mijne conclusie, daartoe strekkende, dat zal worden bevestigd het op den 6en December 1894 tusschen partijen gewezen arr., met veroordeeling van den eischer in revisie in de kosten.”

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz. — *Recht doende in revisie.*

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„Ten aanzien van de feiten en de gedingvoering, voorafgegaan aan het op 6 Dec. 1894 in eersten aanleg tusschen partijen gewezen arr., overnemende hetgeen daaromtrent in dat arr. wordt overwogen, en voorts:

„O. dat bij het aangevallen arr., passeerende het aan beide zijden aangeboden bewijs, den eischers hunne tegen den Staat ingestelde vordering, zoowel die tot overschrijving van de onderwerpelijke kapitalen als tot schadevergoeding ter zake van vertraging in het voldoen aan de daartoe strekkende sommatie, is toegewezen, met veroordeeling van den Staat in de kosten;

dat deze laatste, na dagbepaling daartoe te hebben verzocht en verkregen, bij exploit van 14 Jan. 1895, de oorspronkelijke eischers, gelijk zij procedeeren, heeft doen dagvaarden, om voor de benoemde raden-commissarissen te verschijnen;

dat hij vervolgens bij Memorie zijne bezwaren tegen de uitspraak heeft uiteengezet, en deze Memorie door de verw. in revisie, — nadat zij bij exploit van 7 Febr. 1895 aanzegging van eene persoonsverandering in de hoofd- of overlieden van hunne corporatie hadden gedaan, — is beantwoord;

dat, — nadat de zaak voor commissarissen was vol-

dongen, en nadat bij exploit van 9 Oct. 1895 nogmaals ten verzoeke der verw. aanzegging van eene persoonsverwisseling als bovenvermeld was gedaan, — ter terechtzitting door partijen is geconcludeerd overeenkomstig de slotsom der over en weder beteekende Memoriën, en wel door den eischer in revisie, dat bij arr. van den H.-R. der Ned., rechtdoende in revisie, zal worden vernietigd het arr., door den H.-R. in eersten aanleg den 6ⁿ Dec. 1894 tusschen partijen gewezen, en de conclusie door den Staat in eersten aanleg genomen zal worden toegewezen, strekkende tot niet-ontvankelijk-verklaring, althans ontzegging der door de oorspronkelijke eischers ingestelde vordering, *cum expensis,* terwijl door gedaagden in revisie is geconcludeerd, dat het den H.-R. behage, bij arr. in revisie, te bevestigen het arr., door dien Raad in eersten aanleg den 6ⁿ Dec. 1894 tusschen partijen gewezen, *cum expensis*;

„Ten aanzien van het recht:

„O., dat de eerste door den Staat tegen het arr. *a quo* aangevoerde grief is, dat de H.-R. niettegenstaande het bepaalde bij a. 53 der Grondregels van de Staatsregeling van 1798 en de dientengevolge genomen beschikkingen, de oude gilden heeft geacht provisioneel in stand te zijn gebleven als vereenigingen van werklieden voor bepaalde doeleinden, althans voor zooverre dit met de aan alle burgers verleende vrijheid van bedrijf bestaanbaar was, terwijl had behooren te zijn beslist, dat de gilden, bepaaldelijk ook dit gild, in 1798 zijn afgeschaft, zoodat de vereenigingen van ambachtslieden, die na de afschaffing worden aangetroffen, andere en nieuwe vereenigingen moeten zijn;

„O., dat voormeld a. 53 bij de aanneming der Staatsregeling alle gilden, corporatien of broederschappen van

neringen, ambachten of fabrieken vervallen heeft verklaard en de vrijheid van bedrijf afgekondigd, onder opdracht aan het vertegenwoordigend lichaam, om te zorgen dat de goede orde, het gemak en gerief der ingezetenen te dezen opzichte wierden verzekerd;

dat, — vermits de gilden, welk rechtskarakter zij overigens droegen, in elk geval zijn geweest vereenigingen bekleed met rechtspersoonlijkheid, en dus hunne vatbaarheid om, evenals natuurlijke personen, een vermogen te bezitten slechts zoolang stand hield, als het geldende recht die rechtspersoonlijkheid erkende, — uit voorschreven bepaling volgt, dat indien zij, bepaaldelijk te Amsterdam ten aanzien van het korenwegers-metersgild, tot uitvoering gekomen is, het voortbestaan van dat gild als corporatie niet meer kan worden aangenomen;

„O. nu, dat, wel verre dat meergemeld constitutioneel voorschrift eene doode letter zou zijn gebleven, hieraan, — zoowel ten aanzien van de vervallenverklaring als ten aanzien van de bijgevoegde opdracht aan de centrale regeering, — gevolg is gegeven door de van het Uitvoerend Bewind uitgegane Publicatie van 5 Oct. 1798, inhoudende o. a. den last aan alle municipaliteiten:

1°, om uiterlijk binnen 8 dagen na de ontvangst van dat stuk te zorgen, dat alle gilden enz. met alle gevolgen en aankleven van dien worden ontbonden; 2°, den last, dat de bewindvoerende personen van die lichamen zouden worden vervangen door provisioneele commissarissen, door de municipaliteiten te benoemen, welke alle goederen en papieren van die gilden zouden overnemen; 3°, den last, dat de municipaliteiten uiterlijk binnen eene maand aan de Eerste Kamer van het Vertegenwoordigend Lichaam een accuraat bericht zouden inzenden van hetgeen door haar daaromtrent is verricht;

dat uit dit Staatsstuk, behalve van volledige uitvoering der constitutioneele bepaling voor zoover zij van de algemeene regeering moest uitgaan, blijkt, dat die bepaling geacht werd niet te bedoelen bloote ontneming van met de nieuwe staatsorde strijdige voorrechten aan de gilden, maar dat hunne „vervallenverklaring" gericht is geweest op algeheele vernietiging; dat immers in de eerstvermelde opvatting aantasting van hun vermogen geen zin had, en daarentegen in de laatste het onder sequestratie stellen van dat vermogen bij daartoe gecommitteerden een natuurlijk, ja door de opheffing dier corporatiën geboden en tevens een met den last van eene omzichtige uitvoering der Grondwet strookende maatregel was;

„O. verder, dat zelfs al ware uit latere regeeringshandelingen of verordeningen, als den aanhef der publicatie van het Uitvoerend Bewind van 28 Jan. 1799 en enkele a. der wet van den 30en van Louwmaand 1808, grond te putten tot twijfel of de plaatselijke besturen wel overal en volledig de hun den 5n Oct. 1798 gegeven opdracht hebben uitgevoerd, ten aanzien van Amsterdam elke redelijke twijfel daaromtrent is uitgesloten;

dat toch, blijkens de door den Staat overgelegde extracten uit de notulen van het Comité van Koophandel en Zeevaart van 9 en 23 Oct. en 19 Dec. 1798, die van het Comité van Algemeen Welzijn aldaar van 10 Oct. 1798, mitsgaders die van de municipaliteit van 10 Jan. 1799 (welke stukken behoorlijk zijn geregistreerd):

1°, de Amsterdamsche municipaliteit de uitvoering van den bekomen last aan deze lichamen heeft opgedragen;

2°, ingevolge die opdracht de Comités gansch algemeen de Amsterdamsche gilden ontbonden en hunne overlieden ontslagen hebben, met last om alle waarden en bescheiden over te geven aan te gelijk benoemde provisioneele commissarissen;

3°, reeds binnen 14 dagen door een aantal gilden daaronder de koorn-ligtermans, -meters en -zetters, aan dezen last uitvoering gegeven is, door wegens hunne gildenwetten en bezittingen opgaaf te doen;

dat verder uit die stukken blijkt;

4°, dat den 19n Dec. ter vergadering van het Comité van Zeevaart door *commissarissen* van het *voormalig* Koornmeters- en zettersgild eene inlichting omtrent geldzaken is gevraagd, waaruit volgt, dat het vermogen ook van dàt gild onder sequestratie is gesteld;

5°, dat de municipaliteit aan den last, om over de uitvoering der ontbinding te rapporteeren, den 10n Jan. 1799 gevolg heeft gegeven, door goed te keuren eene hiertoe door de Comités ontworpen missive aan de Eerste Kamer met bijgevoegde lijst der „voormalige" gilden, waarin als „geëxteerd hebbende" ook „koornmeters en -zetters" begrepen zijn;

dat tegen die feiten, welke de ontbinding ook van dat gild bewijzen, tevens volgt, dat het niet voorkomen daarvan op eene door de oorspronkelijke eischers overgelegde bij de notulen van het Comité van Algemeen Welzijn, de dato 10 Oct., behoorende lijst niet tot bewijs van niet-ontbinding dezer corporatie kan dienen, te minder omdat op die lijst nog ruim 20 andere gilden ontbreken, op de sub 5 vermelde lijst door b e i d e Comités als „geëxteerd hebbende" gebracht;

„O. dat het door die partij beweerde „*de facto*" voortbestaan van het gild evenmin steun vindt in de omstandigheid, dat als de provisioneele commissarissen juist de oude overlieden zijn benoemd, en dat deze gecommitteerden aan hunne tot uitoefening van het bedrijf bijeengebleven vakgenooten het gebruik van de meetwerktuigen enz. der oude corporatie hebben vergund;

dat toch de omstandigheid, dat als commissarissen voor het beheer der bezittingen van het ontbonden gild optraden dezelfde mannen, die overlieden van het voormalige gild waren geweest, ongedeerd laat dat die mannen, door het bevoegd gezag ontdaan van hunne vroegere hoedanigheid en bekleed met eene nieuwe, van het oogenblik dat zij het hun in die laatste opgedragen beheer zijn gaan uitoefenen rechtens waren a n d e r e personen dan voorheen, en dat ook hun bezit van de goederen, al was dit eene macht over de dezelfde zaken, was eene tot de bevoegdheden van sequesters beperkte andere macht;

dat hieruit tevens volgt, dat als zij het goed door vroegere vakgenooten lieten gebruiken, die toelating als, — en dus onder verantwoordelijkheid van de, — sequesters nooit een zelfstandig bezit kon scheppen voor de gebruikers;

„O. dat ook die gebruikers, — aangenomen dat zij niet individueel maar tot corporatie vereenigd aan den arbeid zijn gebleven, dat zij steeds gebezigd zijn om tevens de lands- en stadsbelastingen op het graan te helpen innen en daarbij de vroegere bedrijfregelen, als betrekking hebbende op de goede politie en in zooverre bruikbaar ook in de veranderde toestanden, zijn blijven naleven, — werkelijk vormen eene n i e u w e corporatie, al gaf bij het publiek de voortzetting van hetzelfde werk door hetzelfde personeel naar uiterlijk dezelfde regels den schijn van het tegendeel;

„dat immers rechtens het oude gild, als persoonlijkheid bloot op wetsduiding gegrond, was te niet gegaan van het oogenblik waarop het geldende recht geen gildecorporatiën meer erkende, en eene rechtskundige onbestaanbaarheid wordt gesteld in de bewering, dat eene niet meer erkende corporatie toch een zoogenaamd feitelijk voortbestaan zou hebben gehad;

dat zelfs al bracht de fiscale „goede politie" mede, dat men geene behandeling van het graan, als aan belasting onderhevig toeliet dan door geadmitteerde beëedigde werkers, zoodanige uitsluitende qualificatie van overheidswege tot den dienst der belastingen nog altoos buiten de burgerrechtelijke vraag van o u d e of n i e u w e corporatie omging;

dat wat, naar het voren overwogene, geldt van het beheer van, — en de macht over, — de goederen van het ontbonden gild door de oorspronkelijk benoemde provisioneele commissarissen noodzakelijk geldt van de macht, daarover uitgeoefend door degenen die, hen opvolgende in het bestuur der nieuwe corporatie, hen bij gedoogen der overheid tevens zijn opgevolgd in de macht over het oude gildegoed, daar met die opvolging geen ander beheer werd verkregen dan datgeen, wat door de voorgangers als provisioneele commissarissen, krachtens de Publicatie van 5 Oct. 1798 en de daaraan door de plaatselijke overheid gegeven uitvoering, was uitgeoefend;

dat hieruit volgt, dat die opvolgende beheerders wel bevoegd waren om de opkomsten van het onder hunne administratie gestelde goed te ontvangen, maar zulks niet tot verkrijging van eigendom aan het gildegoed kon leiden;

„O., dat ten onrechte, door de oorspronkelijke eischers beroep is gedaan op de wet van Louwmaand 1808; dat voor de vraag, of deze aantoont, dat hunne corporatie zou zijn het na Oct. 1798 in stand gebleven oude gild, haar inhoud niet in aanmerking komt, omdat hoofddoel der wet was de wettiging van het onder medewerking der plaatselijke besturen vestigen van *nieuwe* ambachtsvereenigingen;

dat, aangenomen zelfs dat zij daarnevens eene erkenning van oude gilden bevatte, die erkenning dan nog slechts gold gilden, welke aan de toepassing der verordeningen

van 1798 waren ontsnapt, dewijl in die wet geen enkel woord over *herstel* van het toen vernietigde voorkomt;

dat ten aanzien van het recht op de goederen, die wet, voor zoover sommige harer a. (bij voorbeeld de a. 19, 20 en 21) beschikkingen over het goed van oude gilden bevatten, gunstig voor de door haar erkende vereenigingen, deze bepalingen beschikken over de revenuen van zoodanig goed, met uitdrukkelijk *verbod* om aan de kapitalen te raken en aanwijzing van eene *andere* bestemming aan deze;

„O., dat gelijkerwijs de inhoud der Kon. besluiten van 26 Juli 1820 en van 18 Mei 1827, *Staatsblad* n° 25, niet tot deze zaak kan afdoen, daar die inhoud geenerlei betrekking heeft of hebben kan tot de vraag, of de in 1798 bestaande meters- en wegerscorporatie door de gebeurtenissen van dat jaar is te niet gegaan en, voor zoover hij betrekking heeft op gildegoederen, die inhoud niet verder reikt dan de bestemming der inkomsten;

„dat bij dezen stand van zaken het onnoodig wordt te treden in den strijd tusschen partijen, of en hoelang de wet van 1808 in werking is geweest of en in hoever aan het besluit van 1820 rechtskracht heeft ontbroken, en wat van dien aard meer, ook als grief tegen het arr. *a quo*, in het midden is gebracht;

„O., dat in revisie de oorspronkelijke eischers nog beroep voor hunnen eisch hebben gedaan op de gehoudenheid van den Staat ten aanzien van op het Grootboek ingeschreven kapitalen om als rechthebbende daartoe te erkennen dengeen, die als zoodanig staat ingeschreven;

dat ten aanzien van de inschrijving ten name Amsterdam (het koornmeters- en zetters*gild* te) dit beroep niet opgaat, omdat voorzegde gehoudenheid ondergeschikt is aan het bewijs, hetwelk de Staat, gelijk iedereen van wien iets gevorderd wordt, ten aanzien van het Grootboek kan

vorderen, namelijk dat degeen die als de rechthebbende in persoon opkomt, werkelijk is de persoon, waarvoor hij zich uitgeeft, en de eischers qq. falen in het bewijs van identiteit der tegenwoordige vereeniging van koornwegersmeters met het *gild* van dien naam;

en ten aanzien der inschrijving ten name Amsterdam (het korenmeters- en zetters*fonds* te) in aanmerking komt dat, indien dit hoofd, hetwelk *in zich zelf* niet de aanduiding van eenige persoonlijkheid bevat, de benaming uitmaakt van eene stichting, het bewijs noch geleverd, noch aangeboden is, dat zulk een rechtspersoon bestaat, en dat deze eischers het wettige orgaan daarvan zijn; dat daarentegen, indien die uitdrukking eene bloote verzamelbenaming is, geene bepaalde persoonlijkheid als rechthebbende aanduidend, bewijs *van elders* noodzakelijk is omtrent het vorderingsrecht desgenen, die zich als in dier voege ingeschrevene opdoet, en eerst na dit bewijs sprake kan wezen van verplichting om hem als den formeelen rechthebbende te erkennen;

dat uit deze overwegingen tevens volgt, dat de Staat door geene vroegere handelingen ten aanzien van inschrijvingen onder hetzelfde hoofd door de oorspronkelijke eischers als erkenning van hun recht op de onderwerpelijke inschrijvingen ingeroepen, verhinderd kan zijn om van hen te vorderen, dat zij zich als rechthebbenden tot die kapitalen bij hem legitimeeren;

„O. dat uit dit alles volgt, dat bij het arr. *a quo* ten onrechte de grondslag der ingestelde vordering bewezen is geoordeeld en deze toegewezen is;

dat ook het subsidiair aangeboden nadere bewijs, hetwelk bij dat arr. overbodig is geoordeeld, niet tot staving van dien grondslag kan leiden en dus moet worden gepasseerd, en hetzelfde dient gedaan te worden met het bewijsaanbod

van den Staat, omdat, ook zonder tegenbewijs de eisch niet voor toewijzing vatbaar is;

„Rechtdoende in revisie;

„Gezien a. 261, 371, 373 en vlgg., alsmede a. 56 B.-R.;

„Vernietigt het arr. den 6n Dec. 1894 in eersten aanleg tusschen partijen gewezen;

„Ontzegt aan de verweerders in revisie, eischers in eersten aanleg, in de hoedanigheid waarin zij procedeeren, hunne ingestelde vordering, en veroordeelt hen qq. in al de kosten der beide instantiën."

N°. 3505. — Arrest van 27 December 1895.

(A. 91; a. 321 K.)

Is het voor toepasselijkheid van a. 91 *K. onverschillig of de voerman of schipper het vervoer persoonlijk heeft verricht, dan wel zich daarbij door een ondergeschikte heeft doen vervangen?* — JA.

Sluit de ten deze vaststaande feitelijke beslissing de toepassing van a. 321 *uit?* — JA.

Namens den Proc.-Gen. heeft de Adv.-Gen. VAN MAANEN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 91, 98, 321, 341, 345, 751 en 753 K., doordien bij het beklaagde arr. is aangenomen, dat de eischer in cassatie, omtrent wien feitelijk vaststaat: dat hij het vervoer te water in eene bepaalde vaart op zich neemt; dat hem *in casu* het vervoer der goederen was opgedragen, maar dat hij, hoewel zich noemende schipper, het vaartuig, waarmede het vervoer dier goederen geschiedde, in den regel niet zelf voert, doch daarmede een knecht belast en ook *in casu* dat schip niet voerde, toch in den zin van a. 91 als schipper moet worden beschouwd en,

volgens a. 91, aansprakelijk is voor de aan die goederen overkomen schade, terwijl hij slechts als reeder, volgens a. 321, aansprakelijk zou kunnen zijn, indien hij geen afstand van schip en vrachtpenningen had gedaan, zoodat, indien al mocht kunnen worden aangenomen, dat de in deze ingestelde actie, volgens de feitelijke beslissing van het beklaagde arr., is die van a. 321, de actie wegens den gedanen afstand had moeten worden ontzegd of niet-ontvankelijk worden verklaard.

„De volgende feiten hebben tot deze procedure geleid: Schipper L., wonende te Leiden, eigenaar van een paar vaartuigen, waarmede hij *vice versa* goederen doet vervoeren tusschen zijne woonplaats en Rotterdam, had zoo ook aangenomen voor een paar Leidsche fabrikanten goederen te vervoeren naar Rotterdam. Tijdens dat vervoer waren die goederen, welke door de verwerende verzekeringsmaatschappij geassureerd waren, beschadigd geworden; die Maatschappij had de schade vergoed; en vorderde daarop als getreden in de rechten van de afzenders, de door haar voldane schadevergoeding terug van den schipper, op grond van a. 91 K.

„Door de rechtb. te 's-Gravenhage werd die vordering niet-ontvankelijk verklaard, omdat de actie geen steun vond in a. 91, wijl de ged^{e} niet zelf als schipper het goed had overgebracht, en de actie niet was ingesteld krachtens a. 321 K.

„Het Hof van 's-Gravenhage vernietigde evenwel die beslissing, en verklaarde in de eerste plaats de actie van a. 91 ontvankelijk.

„Om thans bij de ontvankelijkheid te blijven, zoo wordt bij het *middel* beweerd, dat L., die zijne vaartuigen door knechts liet vervoeren, niet als schipper, maar alleen als reeder voor de schade aansprakelijk kon worden gesteld,

daar de schipper, krachtens a. 341 K. is de persoon, die belast is met het voeren van het schip.

„Het zij mij vergund, de voor deze zaak algemeene opmerking te maken, dat bij de beoordeeling daarvan weinig waarde is te hechten aan de uitdrukkingen van: „schippers, reeders, enz.", voorkomende in het Tweede Boek K., betreffende het Zeerecht, omdat het onderwerpelijk geschil betreft een schipper, die uitsluitend de binnenwateren bevaart, voor wiens aansprakelijkheid de wet eene speciale regeling bevat.

„De beslissing van het Hof berust, ten aanzien van dit punt, hierop, dat L. in rechten is geroepen, in den zin van een vervoerder, die het vervoer van goederen op zich heeft genomen, met hoedanig vervoer hij gewoon is zich te belasten.

„Die beslissing is m. o. onbetwistbaar feitelijk, maar zij is bovendien juist.

„De ingestelde vordering berust op het pachtcontract tusschen partijen gesloten, dat is (zooals mr. Kist het omschrijft) de overeenkomst, waarbij de eene partij zich verbindt om ten behoeve van de andere koopwaren met het een of ander middel van vervoer te land of te water over te brengen, terwijl de andere zich verbindt om daarvoor zeker loon, *vracht* genaamd, te betalen. (Deel III, bldz. 116).

„Hier is L. de schipper van a. 91, die goederen ter vervoering heeft overgenomen, en die voor de schade daaraan overkomen, moet instaan. De benaming „schipper" in a. 91 beduidt, blijkens den aanhef, vervoerder te water, evenals voerman, vervoerder over land. L. is niet de schipper in a. 321 bedoeld, en het is voor zijne aansprakelijkheid uit gezegd bevrachtingscontract voortspruitende, volkomen onverschillig, of hij zelf, dan wel of een zijner

knechts het vaartuig bestuurt, waarmede het vervoer plaats heeft.

„Hierbij worde niet uit het oog verloren, dat al mogen sommige bepalingen betreffende het Zeerecht op de binnenlandsche scheepvaart toepasselijk zijn verklaard, dat toch altijd eene uitzondering blijft, maar vooral, dat, volgens a. 755 K. de bepalingen omtrent de bevrachting en verhuring van schepen (Titel V, Boek II) *niet* toepasselijk zijn op de binnenlandsche scheepvaart. De rechten en verplichtingen, uit zoodanige bevrachtingscontracten voortvloeiende, worden geregeld naar de bepalingen van het Burg. Wetboek, (a. 755 K).

„Waar nu de vordering terecht ontvankelijk is geoordeeld blijft ter bespreking de bewering van den eischer, dat a. 321 bij a. 751 toepasselijk verklaard is op reederij en eigenaars van binnenlandsche vaartuigen, dat hij L. zijn vaartuig c. a. geabandonneerd heeft en dus niet meer aangesproken kan worden tot schadevergoeding. Ook dat kan niet opgaan, want de actie steunt niet op a. 321; L. is niet aangesproken als eigenaar of reeder, die verantwoordelijk is voor de handelingen en verbindtenissen van den schipper; maar als schipper, verantwoordelijk voor eene door *hem zelven* aangegane overeenkomst. Vermits eischer dus niet als eigenaar paraisseert, maar als schipper, die bloot zijn bedrijf van binnenlandsch vervoerder uitoefent, had hij geen recht van abandon en kan zich dus daarop niet met vrucht beroepen.

„Ten onrechte is dus getracht uit enkele bepalingen van het Zeerecht te deduceeren een systeem, geheel in strijd met de beginselen, die de wetgever ten aanzien van het binnenlandsch vervoer heeft gehuldigd.

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. d. Ned. enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O., dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending en verkeerde toepassing van de a. 91, 98, 321, 341, 345, 751 en 753 K., doordien bij het beklaagde arr. is aangenomen, dat de eischer in cassatie, omtrent wien feitelijk vaststaat dat hij het vervoer te water in eene bepaalde vaart op zich neemt, dat hem *in casu* het vervoer der goederen was opgedragen, maar dat hij, hoewel zich noemende schipper, het vaartuig, waarmede het vervoer dier goederen geschiedde, in den regel niet zelf voert, doch daarmede een knecht belast, en ook *in casu* dat schip niet voerde, toch in den zin van a. 91 als schipper moet worden beschouwd, en volgens a. 91 aansprakelijk is voor de aan die goederen overkomen schade; terwijl hij slechts als reeder, volgens a. 321, aansprakelijk zou kunnen zijn, indien hij geen afstand van schip en vrachtpenningen had gedaan, zoodat, indien al mocht kunnen worden aangenomen, dat de in deze ingestelde actie, volgens de feitelijke beslissing van het beklaagde arr., is die van a. 321, de actie wegens den gedanen afstand had moeten worden ontzegd of niet-ontvankelijk verklaard;

„O. daaromtrent:

dat uit de in den aanvang van het *middel* omschreven feitelijke beslissing volgt, dat het Hof, door op de tusschen partijen bestaande rechtsbetrekking a. 91 K. toepasselijk te verklaren, dit a. niet heeft geschonden of verkeerd toegepast;

dat er toch geen grond is om met den eischer aan te nemen, dat voor de toepassing van dat a. noodig zou zijn, dat de voerman of schipper het vervoer persoonlijk verricht heeft, en hij zich niet door een ondergeschikte kon doen vervangen;

dat het tegendeel, voor zooveel noodig, blijkt uit a. 96 K., waar de bepalingen betreffende het vervoer-contract worden toepasselijk verklaard op ondernemers van openbare rijtuigen en vaartuigen, zonder eenige aanduiding, dat als zoodanig alleen te beschouwen zijn de personen, die zelven hunne vaartuigen of rijtuigen besturen;

„O. voorts, dat uit de aangehaalde feitelijke beslissing mede volgt, dat de verplichtingen des eischers niet, zooals hij in het slot van het *middel* beweert, volgens a. 321 K. moeten beoordeeld worden;

dat toch, om aan te nemen, dat de met het vervoer belaste knecht in den zin van het Tweede Boek van het Wetboek van Koophandel schipper was, en de eischer alleen als reeder voor zijne handelingen en verbindtenissen aansprakelijk, noodig zou wezen, dat die knecht zoowel tegenover zijn zoogenaamden reeder als tegenover de inladers zelfstandig handelend ware opgetreden; althans meer dan uit de als bewezen aangenomen feiten volgt, en de aard der tusschen hem en den eischer bestaande dienstbetrekking medebracht;

dat het *middel* derhalve is ongegrond;

„Verwerpt het ingesteld beroep in cassatie, en veroordeelt den eischer in de kosten."

N° 3506. — Arrest van 27 December 1895.

(A. 586; 1°, B.-R.)

Geldt de toepasselijkheid van den lijfsdwang, hoewel in burgerlijke zaken een exceptioneel middel van executie, in handelszaken als regel, behoudens enkele uitdrukkelijk bij de wet gemaakte uitzonderingen? — Ja.

Is ingevolge a. 586, 1° *B. R. het middel van lijfsdwang toepasselijk op hem die als koopman een handelsschuld heeft aangegaan, onverschillig of hij al of niet koopman is gebleven?* — Ja.

Namens de Proc.-G. heeft de Adv.-G. VAN MAANEN in deze zaak de volgende conclusie genomen:

„Als *middel* van cassatie is aangevoerd: schending of verkeerde toepassing van de a. 585 en 586 B.-R., doordat de rechtb., vernietigende het vonnis van het eerste ktngt te Amsterdam dd. 12 Oct. 1894, waarbij de uitvoerbaarheid daarvan bij lijfsdwang was geweigerd, op grond, dat de schuldenaar (eischer), van wien de betaling eener door hem als koopman aangegane handelsschuld werd gevorderd, op het oogenblik der dagvaarding geen koopman meer was, aanneemt, dat de onderscheiding door den eersten rechter gemaakt, tusschen kooplieden en gewezen kooplieden, waar het de uitoefening van den lijfsdwang geldt, geen steun vindt in de wet, en op grond van die onjuiste overweging het tegen den req. gewezen vonnis heeft verklaard uitvoerbaar bij lijfsdwang, hoewel deze op het tijdstip der dagvaarding geen koopman meer was.

„Bij vonnis van den rechter-plaatsvervanger in het 1ste kanton te Amsterdam, werd een ter zake van een handelsschuld toegewezen vordering, aangegaan tijdens de nu eischer koopman was, *niet* uitvoerbaar verklaard bij *lijfsdwang*, op grond, dat de toen ged., tijdens de dagvaarding tegen hem werd uitgebracht, had opgehouden koopman te zijn en dus ontbrak een der vereischten bij a. 586, n° 1, B.-R. gevorderd om den lijfsdwang te kunnen uitspreken.

„Die uitspraak werd door de rechtb. te Amsterdam vernietigd en de lijfsdwang uitgesproken.

„Tot staving van het daartegen aangevoerde cassatie-*middel* is bijgebracht, dat de wet natuurlijk geen onderscheid maakt of had te maken tusschen kooplieden en gewezen kooplieden, omdat de wet alleen van kooplieden spreekt, en die uitdrukking niet bij analogie op *gewezen*

kooplieden is toepasselijk te achten; dat het a. zou luiden: „voor handelsschulden door een koopman aangegaan", indien de wetgever had bedoeld daaronder ook *gewezen* kooplieden te begrijpen; dat van het zich onttrekken aan den lijfsdwang de rede niet kan zijn, omdat deze geen zelfstandig *recht* voor den schuldeischer schept, maar bloot een *middel* van executie is; — en dat de lijfsdwang, bij uitzondering toepassing vindende, slechts de meest strikte interpretatie duldt.

„Mij komt het *middel* ongegrond voor, en wel hoofdzakelijk en reeds alleen, om de eenvoudige reden, dat het niet de vraag is, of gedaagde wegens handelsschuld, *tijdens de dagvaarding,* was koopman, maar of hij de schuld aanging toen hij koopman was. Niet het oogenblik der citatie in rechten, doch de grond, waarop deze steunt, alzoo het tijdstip, hetwelk den rechtsband tusschen de handelende personen in het leven riep, moet uitmaken, of de schuldenaar, in den zin der wet, als koopman is te beschouwen. Daarmede vallen dan ook alle moeilijkheden en geopperde casus-positiën omtrent het weder-opnemen van een handelsvak, al zij het in gevogelte, nopens de vraag wat rechtens zou zijn, wanneer na den uitgesproken lijfsdwang, nog faillietverklaring wordt aangevraagd, enz.

„Nog slechts een enkel woord. Terecht beslist de rechtb., dat de woorden in a. 586 „lijfsdwang heeft plaats" beteekenen: „het recht tot uitoefening van den lijfsdwang wordt den schuldeischer toegekend tegen alle kooplieden wegens handelsschulden." En nu ontneemt aan dat recht zijn karakter van *recht* niet de omstandigheid, dat de rechterlijke tusschenkomst gevorderd wordt om te beslissen of de daartoe gedane eisch steun vindt in de wet, en evenmin brengt daarin verandering, dat dit recht tevens een middel van executie is, een der verschillende middelen om de voldoe-

ning eener schuld te erlangen. Dat recht nu gaat niet verloren door het willekeurig opgeven van het bedrijf van koopman. Van analogische uitlegging van die uitdrukking is niet de rede, want de schuldenaar blijft voor de handelsschuld koopman tegenover den eischer, immers die qualiteit, op grond waarvan het crediet werd verleend, bracht mede de daaraan verbonden waarborgen o. a. van den bedreigden lijfsdwang, en kan hij alzoo niet van zich afschuiven. Die bepaling ontleent zijn bestaan aan de bescherming van het handelscrediet, en als er nu nog een derde middel wordt toegelaten om den lijfsdwang te ontgaan, dan zal de bedreiging daarmede weinig steun meer aan het crediet verleenen en had de wet dit duidelijker moeten uitdrukken.

„De bedoeling van den wetgever blijkt duidelijk genoeg uit het vorenstaande, ook al mocht aan eene andere uitdrukking dan de bestaande *in jure constituendo* de voorkeur zijn te geven.

„Werkelijk de ten deze door den eischer aangewende poging om zich van den lijfsdwang te ontslaan, kan niet met goed gevolg worden bekroond; daartoe stond alleen open de wet van tijdige faillietverklaring of boedelafstand.

„Algemeen wordt de door mij voorgestane meening gedeeld door de ktnrs, die over de vraag hadden te oordeelen (v. ROSSEM, *Rechtsvord.*, ad a. 586, *sub* n° 6); ook door de rechtb. alhier dd. 14 Nov. 1853, *W. v. h. R.* n° 1488, en door den H.-R., die het verzoek tot admissie-gratis tegen dat vonnis als ongefundeerd op 23 Jan. 1854 afwees. In de door Mr. F. A. T. WEVE als advocaat in tegenovergestelden zin verdedigde meening, vond deze later aanleiding tot het schrijven van het betoog, opgenomen in *Themis* 1856, bl. 283 v.

„Daarop werd voor de eischeresse een beroep gedaan, doch het heeft mij niet van dwaling overtuigd, en van de schrijvers wordt alleen door DE PINTO, *Wetb. van Burg. Rechtsvord.,* II, 708, de vraag behandeld en voormeld betoog bestreden.

„Ik concludeer tot verwerping van het beroep, met veroordeeling van den eischer in de kosten."

ARREST. — De H.-R. der Ned. enz.;

„Partijen gehoord; — Gezien de stukken;

„O. dat als *middel* van cassatie is voorgesteld: schending of verkeerde toepassing van de a. 585 en 586 B.-R., door dat de rechtb., — vernietigende het vonnis van het eerste ktngt. te Amsterdam, dd. 12 Oct. 1894, waarbij de uitvoerbaarheid daarvan bij lijfsdwang was geweigerd, op grond dat de schuldenaar (eischer in cassatie), van wien de betaling eener door hem als koopman aangegane handelsschuld werd gevorderd, op het oogenblik der dagvaarding geen koopman meer was, — aanneemt, dat de onderscheiding door den eersten rechter gemaakt tusschen kooplieden en gewezen kooplieden, waar het de uitoefening van den lijfsdwang geldt, geen steun vindt in de wet, en op grond dier onjuiste overweging het tegen den eischer in cassatie gewezen vonnis heeft verklaard uitvoerbaar bij lijfsdwang, hoewel deze op het tijdstip der dagvaarding geen koopman meer was;

„O. dat dit *middel,* volgens de toelichting, voornamelijk berust op de bewering, dat de vrijheidsberooving door lijfsdwang is een exceptioneel middel van executie, zoodat de bepalingen daaromtrent op de meest strikte wijze moeten worden toegepast, en dat dientengevolge de bepaling van a. 586, 1°, die alleen spreekt van lijfsdwang tegen kooplieden, niet mag worden uitgebreid tot lijfsdwang tegen gewezen kooplieden;

„O. hieromtrent, dat de toepasselijkheid van den lijfsdwang, in het stelsel der wet, hoewel in burgerlijke zaken een exceptioneel middel van executie, in handelszaken als regel geldt, behoudens enkele uitdrukkelijk bij de wet gemaakte uitzonderingen;

„O., dat deze regel zijn grond vindt in het belang van den handel, hetwelk bij het aangaan der handelsverbindtenissen zooveel mogelijk waarborgen voor de nakoming daarvan vordert, waaruit volgt, dat reeds bij het aangaan van zoodanige handelsverbindtenissen het recht wordt verkregen, om tegen den nalatigen koopman in de voldoening zijner handdelsschuld het middel van den lijfsdwang toe te passen, en dat dit niet door dezen eigenmachtig kan worden verijdeld, door vóór de betaling op te houden koopman te zijn;

„O. dat dientengevolge de bepaling van a. 586, 1°, B.-R. geene andere opvatting toelaat, dan dat het middel van lijfsdwang toepasselijk is op hem die als koopman de handelsschuld heeft aangegaan, onverschillig of hij al of niet koopman is gebleven;

„O., dat de wet dan ook geene uitzondering maakt ten aanzien van gewezen kooplieden, en zoodanige uitzondering geen steun vindt in het stelsel der wet, volgens hetwelk ook in burgerlijke zaken de lijfsdwang wordt toegelaten, onder anderen tegen gewezen voogden en gewezen curators voor het slot van rekening, volgens het beheer door hen tijdens hunne voogdij of hun curatorschap gevoerd;

„O. dat alzoo het *middel* is ongegrond;

„Verwerpt het beroep in cassatie;

„Veroordeelt den eischer in de kosten daarop gevallen."